



AKSJELOVEN § 3-8 – AVTALEVILKÅRET OG AVTALETYPER

Herunder om anvendelsen på erverv av egne aksjer, utbytte, kreditt og
sikkerhetsstillelse

Mastergradsoppgave JUS398

Kandidatnummer: 182077

Veileder: Filip Truyen

Antall ord: 36065

27.05.2012

INNHOLDSFORTEGNELSE

1 Innledning	4
1.1 Presentasjon av tema	4
1.2 Utdyping, presisering og avgrensning av problemstillingen	4
1.3 Plassering av emnet i aksjeselskapsretten – et overblikk	7
1.3.1 En selskapskapitalregel	7
1.3.2 Også andre regler vil kunne regulere avtaler mellom selskapet og aksjeeier mv.	9
1.3.3 Finnes utenlandske ekvivalenter?	11
1.4 Bestemmelsens formål og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende	12
1.4.1 Hovedformålet til bestemmelsen er å sikre åpenhet	12
1.4.2 Hensyn mot § 3-8 og andre interesser som gjør seg gjeldende	17
1.5 Opplegget videre	20
2 Avtalebegrepet	20
2.1 Generelt	20
2.2 Hvordan skal «avtale» tolkes?	21
2.2.1 Hvilke forpliktelser er relevante?	23
2.2.2 Må avtalen være gyldig etter andre regler for at det er en «avtale» i § 3-8?	27
2.2.3 Særlig om betingede avtaler og opsjoner	27
2.2.4 Særlig om intensjonsavtaler, letters of awareness og rammeavtaler	28
2.3 Hva er én avtale, og hva er flere?	31
2.3.1 Problemstilling og utgangspunkt	31
2.3.2 Proforma og alminnelige omgåelsesbetraktninger	32
2.3.3 Gjennomskjæring ut fra en tolking av avtalebegrepet er den beste løsningen	35
2.3.4 Når foreligger det en tilstrekkelig nær sammenheng mellom avtalene?	40
2.3.5 Særlig om endringsavtaler	42
3 Kort om det personelle vilkåret	45
3.1 Generelt	45
3.2 Alternativet «opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd»	47
4 Selskapets erverv av egne aksjer	49
4.1 Generelt	49
4.2 Hensyn for og mot erverv av egne aksjer	50
4.3 Kommer § 3-8 etter sin ordlyd til anvendelse ved erverv av egne aksjer?	51
4.4 Må «avtale» tolkes innskrenkende til å ikke omfatte erverv av egne aksjer?	52
5 Utbytte – samt enkelte spørsmål vedrørende gaver	55
5.1 Generelt	55
5.2 Må utbytteutdelinger behandles etter prosedyrene i § 3-8?	56
5.2.1 Presiseringer – problemstillingen reiser seg kun for maskert utbytte	56
5.2.2 Skal «avtale» tolkes innskrenkende til å ikke omfatte avtaler med maskert utbytte?	58
5.3 Gavesalg	61
6 Selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse	63
6.1 Generelt	63
6.2 Grunnvilkårene «gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for»	64
6.3 Generelt om forholdet til § 3-8	66
6.3.1 Generelt	66
6.3.2 Må «avtale» tolkes innskrenkende kun på grunnlag av reguleringene i §§ 8-7 til 8-9?	66
6.4 Selskapets kreditt til aksjeeier	68
6.4.1 Anvendelsen av § 3-8 på direkte kredittytelse til aksjeeier	69
6.4.2 Anvendelsen av § 3-8 på kreditt gjennom cesjon	70
6.4.3 Anvendelsen av § 3-8 på kreditt gjennom intervensjonsbetaling	74
6.5 Selskapets sikkerhetsstillelse til aksjeeier	75
6.5.1 Generelt	75
6.5.2 Sikkerhet for egne eller aksjeeierens forpliktelser?	76

6.5.3 Anvendelsen på sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser	78
6.5.4 Anvendelsen på sikkerhetsstillelse for aksjeeierens forpliktelser	80
6.5.4.1 Anvendelsen av § 3-8 på forkontrakten isolert sett	81
6.5.4.2 Anvendelsen av § 3-8 på sikkerhetsstillelsen isolert sett	83
6.5.4.3 En alternativ innfallsvinkel til anvendelsen av § 3-8	88
7 En rettspolitisk vurdering	90
7.1 Bestemmelsen som sådan bør opprettholdes	91
7.2 Enkelte endringsforslag	93
7.3 Kritikk av lovgivers passivitet	95
Oversikt over rettskilder	98

1 INNLEDNING

1.1 Presentasjon av tema

Den faktiske situasjonen oppgaven forutsetter har oppstått er at et aksjeselskap har inngått en avtale med en person som har en form for tilknytning til selskapet, for eksempel gjennom å være aksjeeier. Denne nærheten mellom avtalepartene vil kunne medføre at medkontrahentens personlige interesser settes foran selskapsinteressene.

Det er flere årsaker til at dette er problematisk. En av grunnene er at man i § 4-1 har nedfelt prinsippet om at alle aksjer gir lik rett i selskapet, og en avtale mellom selskapet og aksjeeier vil kunne være et i uoverensstemmelse med dette prinsippet. Videre kan slike avtaler utgjøre en fare for misbruk av selskapskapitalen, hvilket er problematisk blant annet fordi selskapets ansvar overfor kreditorene begrenset til den innskutte selskapskapitalen.¹

Aksjeloven² § 3-8 kan ses som et virkemiddel for å ivareta særlig disse to prinsippene.³ Bestemmelsen inngår som en del av aksjelovens kapitalregler, men som jeg skal vise senere, er den en nokså atypisk bestemmelse som reiser spesielle problemstillinger. Paragrafen oppstiller, under visse forutsetninger, særskilte krav til saksbehandlingen av avtaler med noen som kan sette sine personlige interesser foran selskapsinteressene. Bestemmelsen fraviker med dette det alminnelige utgangspunktet om at styret i aksjeselskapsretten ikke har noen plikt til å forelegge saker for generalforsamlingen.⁴

Spørsmålet i denne oppgaven er hva som skal til for at det foreligger en «avtale» etter denne bestemmelsen, og hvilke typer avtaler som faller inn under bestemmelsens virkeområde.

1.2 Utdyping, presisering og avgrensning av problemstillingen

Aksjeloven § 3-8 lyder:

«§ 3-8. Avtaler med aksjeeiere eller medlemmer av selskapets ledelse mv.

(1) En avtale mellom selskapet og en aksjeeier, en aksjeeiers morselskap, et styremedlem eller daglig leder er ikke bindende for selskapet uten at avtalen godkjennes av generalforsamlingen hvis selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør over en tidel av aksjekapitalen på tidspunktet for ervervet eller avhendelsen. Dette gjelder ikke:

1. avtale inngått i samsvar med reglene i § 2-4, jf § 2-6, og § 10-2,

¹ Med unntak for blant annet ansvarsgjennombrudd.

² Lov 13. juni 1997 nr. 44, heretter forkortet til enten «aksjeloven» eller «asl.». Dersom det ikke eksplisitt vises til en annen lov, sikter alle paragrafhenvisninger i oppgaven til aksjeloven. I tillegg vil jeg bruke (1), (2) osv. for å markere hvilket ledd jeg sikter til i bestemmelsen, og ikke «første ledd», «annet ledd» osv. Årsaken til dette er at loven selv bruker denne måten å nummerere leddene på.

³ Berge og Gåseide Røsås s. 13.

⁴ Bråthen 2007 s. 65.

2. avtale om lønn og godtgjørelse til daglig leder og avtale som nevnt i § 6-10,
3. avtale om overdragelse av verdipapirer til pris i henhold til offentlig kursnotering,
4. avtale som inngås som ledd i selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler,
5. avtale der selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50 000 kroner, og som er godkjent av styret.

(2) Styret skal sørge for at det utarbeides en redegjørelse for avtalen etter reglene i § 2-6. Redegjørelsen skal inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta. Redegjørelsen skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen, og den skal uten opphold meldes til Foretaksregisteret.

(3) Oppfyllelse i henhold til avtale som ikke binder selskapet, skal tilbakeføres. § 3-7 annet ledd gjelder tilsvarende.

(4) Første til tredje ledd gjelder tilsvarende når avtalen er inngått med en nærstående til en aksjeeier eller en nærstående til en aksjeeiers morselskap, eller med noen som handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd.»

De problemstillinger som reiser seg ved anvendelsen av § 3-8, kan systematisk spaltes opp i flere kategorier. For det første har man et inngangsvilkår som regulerer hva man må behandle på generalforsamlingen og følge de øvrige prosedyrekravene i bestemmelsen. Det må foreligge en «avtale» der selskapets ytelse overstiger 10 % av aksjekapitalen, og som ikke faller innenfor noen av unntakene.⁵

Denne avtalen må ha blitt inngått med en person som har en slik tilknytning til selskapet at han er innenfor personkretsen som fremgår i § 3-8 (1), alternativt at medkontrahenten faller inn under utvidelsen i (4). Det som kjennetegner de som faller innenfor personkretsen, er at de har en relasjon til selskapet som gjør at de kan sette egeninteresser fremfor selskapsinteressen.⁶

Konsekvensen av at man har inngått en «avtale» med en aksjeeier mv., er at saksbehandlingskravene bestemmelsen oppstiller må gjennomføres. Dette innebærer i korte trekk at avtalen må godkjennes av generalforsamlingen for at den skal være gyldig. Til generalforsamlingsbehandlingen skal styret etter § 3-8 (2) utarbeide en redegjørelse om at det er et «rimelig samsvar» mellom ytelsene stiftet gjennom avtalen, og denne redegjørelsen skal bekreftes av revisor.⁷ Deretter skal den meldes til Foretaksregisteret.

En siste kategori er konsekvensene av at prosedyrene i bestemmelsen ikke er tilfredsstilte. Det følger av (1) at avtalen «ikke [er] bindende» for selskapet dersom avtalen ikke godkjennes på generalforsamlingen. Bestemmelsen inneholder ingen unntak for godtroende medkontrahent, og ifølge (3) er rettsvirkningen hel ugyldighet. Dermed er regelen et nokså sterkt virkemiddel for å oppnå formålene bak bestemmelsen.

⁵ § 3-8 (1).

⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 42.

⁷ § 2-6.

Temaet for denne oppgaven ligger innenfor den første kategorien, som gjør at det hovedsakelig fokuseres på § 3-8 (1). Spørsmålet i oppgaven er hvordan begrepet «avtale» i § 3-8 (1) skal tolkes, og hvilke avtaletyper bestemmelsen omfatter.

I utgangspunktet vil jeg derfor ikke gå nevneverdig inn på saksbehandlingsreglene og konsekvensene av brudd på bestemmelsen. Undertiden er imidlertid dette nødvendig for å kunne svare på oppgavens problemstillinger. Videre er en presentasjon av det personelle kravet en forutsetning for en adekvat vurdering av selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse, slik at det vies et eget hovedpunkt til dette.

Unntaket i § 3-8 (1) nr. 4 for vanlige og forretningsmessig begrunnede avtaler vil falle utenfor problemstillingen, ettersom vurderingen som der må foretas er utpreget konkret. Min problemstilling legger nemlig opp til en *generell* vurdering av ulike avtaletyper, og ikke om en konkret avtale er ekstraordinær eller ikke.

Spørsmålet om en avtaletype i utgangspunktet må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8, består systematisk sett av fire vurderinger. Det første kravet er at det må foreligge en «avtale» etter ordlyden i § 3-8 (1). Innholdet i dette begrepet skal behandles under pkt. 2.

Selv om en disposisjon tilfredsstiller «avtale»-vilkåret, kan det hende at inngåelse av en slik type avtale likevel ikke innebærer et krav om generalforsamlingsbehandling etter § 3-8. Det kan for det første være at man må tolke «avtale» innskrenkende for den aktuelle avtaletypens vedkommende. Typisk vil dette spørsmålet reise seg der man har andre regler i aksjeloven eller lovgivningen ellers som regulerer avtaletypen. Det kan også være at avtaletypens særtrekk kan tilsi en innskrenkende tolking av «avtale».

Videre kan det være at generalforsamlingsbehandling ikke er nødvendig fordi det er tale om en type avtale som ikke tilfredsstiller det personelle kravet i bestemmelsen. Dette spørsmålet er spesielt aktuelt ved behandlingen av spørsmålet om selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse må følge prosedyrene i § 3-8, som jeg skal gjøre senere i denne oppgaven.

Selv om en avtaletype har tilfredsstilt de tre ovenfor nevnte forutsetninger for at § 3-8 skal komme til anvendelse, kan det være at generalforsamlingsbehandling ikke er påkrevd for den aktuelle avtaletypen fordi den faller innenfor unntakene i § 3-8 (1) nr. 1 til 3. Fordi disse unntakene ikke i særlig grad belyser de spørsmål om avgrensning og anvendelsesområde som oppgaven fokuserer på, blir ikke disse unntakene gjenstand for særskilt behandling i denne oppgaven.

I oppgaven skal jeg fokusere særlig på hvorvidt selskapets erverv av egne aksjer, selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse og selskapets utbytteutdelinger må følge prosedyrene i § 3-8. Behandlingen av disse transaksjonstypene er godt egnet til å illustrere de mange og vanskelige vurderingene som § 3-8 byr på. I denne forbindelse kunne jeg også ha valgt å behandle andre transaksjonstyper, som fusjoner og konvertible lån. Anvendelsen av § 3-8 i slike tilfeller er likevel såpass avklart at det ikke er hensiktsmessig å ta de opp til særskilt behandling.⁸

Jeg har valgt å behandle kun aksjeloven, og ikke allmennaksjeloven⁹. Årsaken til avgrensningen ligger i at en behandling av også allmennaksjeloven på enkelte punkter ville ha påkrevd en vurdering av om man skal komme til samme konklusjoner etter begge lovene, hvilket ikke er forenlig med omfanget til oppgaven. I og med at aksjeselskaper er mer utbredt enn allmennaksjeselskaper, og fordi aksjeeierne som regel har et nært forhold til selskapet i aksjeselskaper,¹⁰ er det aksjelovens bestemmelse viktigst i praksis.

Siden lovenes § 3-8 er tilnærmet identiske, er dette lite betydningsfull avgrensning. Konklusjonene i oppgaven vil således i stor grad kunne overføres til tilsvarende problemstillinger etter allmennaksjeloven, selv om en altså må ha in mente at enkelte avveininger vil kunne slå forskjellig ut etter de to lovene.

Det kan også bemerkes at jeg for enkelhets skyld gjennomgående bruker aksjeeieren som eksempel på hvem som er medkontrahent, uten at dette innebærer en avgrensning mot de øvrige i personkretsen. Dette gjelder selvsagt med mindre det er gitt uttrykk for noe annet eller at det fremgår av sammenhengen.

1.3 Plassering av temaet i aksjeselskapsretten – et overblikk

1.3.1 En selskapskapitalregel

Systematisk hører § 3-8 til kategorien aksjelovens kapitalregler. Disse kapitalreglene ligger hovedsakelig i lovenes kapittel 3, men også andre bestemmelser i loven har enten direkte eller indirekte betydning for hvordan selskapet kan disponere over kapitalen, se pkt. 1.3.3.

Med selskapskapitalen siktes det i denne sammenheng til «selskapets egen formue (egenkapitalen), som dels kan bestå av midler som aksjeeierne kan ha skutt inn i

⁸ Se Bråthen 2007 s. 73 om fusjoner. Videre har kapittel 11 en total regulering av konvertible lån, som gjør at § 3-8 må tolkes innskrenkende på dette punktet.

⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 45.

¹⁰ NOU 1996:3 s. 149.

selskapet som aksjekapital og overkurs og dels av midler som selskapet kan ha tjent inn ved sin virksomhet». ¹¹

Det er to grunnleggende årsaker til at man er nødt til å ha regler om selskapskapitalen. For det første er aksjeselskaper en selskapsform med begrenset deltakeransvar, gjennom prinsippet om den indirekte heftelse og prinsippet om den begrensede heftelse. ¹²

Rasjonalet bak å ha selskapsformer med begrenset deltakeransvar er at det skal føre til økt næringsvirksomhet. Dersom personer som starter opp virksomheter ville ha risikert at selskapets kreditorer kunne ta beslag i personlige eiendommer, for eksempel familiens bolig, ville mange ha vegret seg mot å etablere virksomheter.

Andre verneverdige interesser vil imidlertid kunne yte motstand mot å legge for mye vekt på hensynet til økt næringsvirksomhet. I den grad kreditorene ikke har skaffet seg sikkerhet gjennom pant, garantier eller annen form for sikkerhet, er deres dekningsutsikter begrenset til selskapskapitalen. ¹³ Hensynet til kreditorene taler derfor for at man har restriksjoner for hvordan selskapskapitalen benyttes. Dette hensynet gjør seg nok sterkest gjeldende overfor ufrivillige kreditorer, som ikke har foretatt noe direkte valg om å involvere seg med selskapet.

Kapitalreglene verner for det andre om selskapets egeninteresser og aksjeeierne. Man må se det slik at reglene verner «om aksjeeiernes egen interesse i at selskapet blir tilført og opprettholder et forsvarlig kapitalgrunnlag, og at selskapskapitalen ikke blir brukt til selskapsfremmede formål». ¹⁴ Kapitalreglene utgjør dermed det lovgiver mener er en minstestandard for forsvarlig selskapsdrift. Ettersom majoritetsaksjonærer har større muligheter enn minoritetsaksjonærer til å påvirke virksomheten, er det nok sistnevnte som rent faktisk nyter størst vern gjennom kapitalreglene.

Sentralt i aksjeeiervernet står også ivaretagelsen av prinsippet nedfelt i § 4-1 om at alle aksjer gir lik rett i selskapet, slik at ikke en aksjeeier blir særlig fordelaktig behandlet på bekostning av de andre. ¹⁵

At avtaler med andre tilknyttet selskapet enn aksjeeieren omfattes, innebærer også at § 3-8 verner om kreditorenes og aksjeeiernes interesser overfor *andre* aktører som er i en posisjon til å kunne sette sine egne interesser foran selskapets. ¹⁶

¹¹ Knudsen s. 42

¹² § 1-2.

¹³ § 1-2 (1).

¹⁴ Knudsen s. 42.

¹⁵ Berge og Gåseide Røsås s. 13.

¹⁶ *Ibid* s. 14.

Aksjeselskapsrettens kapitalregler kan deles inn i tre ut fra hvilken funksjon de har. Man har regler om tilførselen av kapital til selskapet, hvordan kapitalen skal opprettholdes og kapitalavgangen.¹⁷ Med andre ord reguleres kapitalens - for selskapets del - fødsel, liv og død. Aksjeloven § 3-8 hører inn under kategorien av regler som angår kapitalavgangen til selskapet.

I og med at det ikke er en materiell, men prosessuell, regel, skiller § 3-8 seg prinsipielt fra de øvrige reglene om selskapskapitalen. Den stiller krav kun til *saksbehandlingen* ved inngåelse av visse avtaler med personer med en form for tilknytning til selskapet. Dette innebærer at avtalene etter § 3-8 er fullt ut lovlige og gyldige *innholdsmessig*, men den rokker blant annet ved den alminnelige ansvarsfordelingen i aksjeselskaper mellom generalforsamlingen og styret. Styret har ellers ikke en alminnelig plikt til å forelegge store eller viktige saker for generalforsamlingen.¹⁸ Bestemmelsen må derfor ses på som et virkemiddel for at aksjeeierne og kreditorene skal kunne håndheve sine materielle rettigheter, som altså er nedfelt i andre regler enn § 3-8.

1.3.2 Også andre regler vil kunne regulere avtaler mellom selskapet og aksjeeier mv.

Som høringsinstansene ved etterkontrollen i 2006 var inne på, og som jeg var inne på innledningsvis under pkt. 1.3.1, finnes det en del bestemmelser som enten direkte eller indirekte har betydning for hvordan selskapet kan disponere over kapitalen. Aller først presenteres de mer generelle regler som ikke angår begrensninger i bruken av kapital konkret, men som har et slikt vidtrekkende område at de også vil få betydning for selskapets kapitalbruk.

Et helt grunnleggende utgangspunkt er i så måte selskapets vedtekter. Det er selskapets vedtekter som «konstituerer selskapet slik at dette ved avtalen blir opprettet og får stilling som selvstendig rettssubjekt».¹⁹ Av særlig interesse i denne sammenheng er selskapsformålet, som primært har en «funksjon som et direktiv i forhold til styret og det alminnelige generalforsamlingsflertallet, ved at de beslutninger som treffes må ligge innenfor rammene for formålet».²⁰

Som en følge av dette vil disposisjoner i strid med selskapsformålet være ugyldige.²¹ Hvorvidt det foreligger slik motstrid beror på en tolking av både den aktuelle disposisjonen og vedtektene.²² Det går ikke nærmere inn på disse prinsippene. Siden det

¹⁷ Knudsen s. 41

¹⁸ Bråthen 2007 s. 65.

¹⁹ Woxholth 2010 s. 91.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Se blant annet Rt. 1937 s. 439.

²² Bråthen 2007 s. 70.

vedtektsfestede selskapsformålet som regel er nokså generelt utformet, er det likevel grunn til å anta at dette ikke er en viktig begrensning i praksis.

Videre har styret og daglig leder et ansvar for at selskapets avtaler er i selskapets, og ikke andres, interesser. Bråthen hjemler dette ansvaret i §§ 6-12 og 6-13. Slik jeg ser det statuerer bestemmelsene ikke noe mer enn styrets forvaltnings- og tilsynsansvar. Etter min mening er den generelle ulovfestede plikten «til å opptre lojalt for å oppfylle selskapsinteressene, fremfor egne eller andres særinteresser» en mer presis og dekkende hjemmel for standpunktet.²³ Denne regelen kobler seg mer direkte opp mot at styret og daglig leder skal «promote the success of the company» slik det heter i den britiske Companies Act.²⁴

Videre vil også § 6-27 kunne være trekkes inn ved selskapets avtaler med personer i sentrale posisjoner i selskapet. Bestemmelsen regulerer inhabilitet for styremedlemmer og daglig leder. Dersom vedkommende har en «fremtredende personlig eller økonomisk særinteresse i saken», kan han ikke delta i behandlingen eller avgjørelsen av den. Enten avtalen må behandles på generalforsamling etter § 3-8, eller styret kan treffe avgjørelsen selv, er han altså inhabil til å delta på noen som helst måte.

I § 4-1 er likhetsprinsippet nedfelt. Det heter der at alle «aksjer gir lik rett i selskapet». Dermed vil en avtale som tilgodeser en aksjonær på bekostning av resten av aksjeeierfellesskapet i tillegg til å som regel måtte følge prosedyrene i § 3-8, også kunne være et brudd på § 4-1.

Også prinsippet om myndighetsmisbruk i §§ 5-21 og 6-28 vil ha betydning for avtaler mellom selskapet og aksjeeier. Det heter der at generalforsamlingen, styret og andre som representerer selskapet ikke kan treffe en beslutning som gir «visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning». Avtaler med et ekstraordinært preg, som ligger i kjernen til § 3-8, vil typisk være problematisk også ut fra disse bestemmelsene.

Videre har man i § 3-9 en spesialregel for konserninterne transaksjoner. Blant annet heter det der at slike transaksjoner «skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper». Bestemmelsen setter dermed en stopper for at et morselskap tapper datterselskapet for verdier.

Utover aksjelovens bestemmelser vil også revisjonsregler ha betydning for avtaler som faller inn under virkeområdet til § 3-8. ISA 550 er en revisjonsstandard om relasjoner og

²³ Perland 1999 s. 135.

²⁴ Section 172.

transaksjoner mellom nærstående parter, og essensen i standarden er at revisoren må være særlig på vakt i slike tilfeller om regnskapet gir et rettviseende bilde og ikke er villedende.²⁵ I tillegg er det etter regnskapsloven²⁶ § 7-30b påkrevd at «vesentlige transaksjoner med nærstående» skal opplyses om i regnskapene.

Videre har selskapet etter ligningsloven²⁷ § 4-12 annet ledd en dokumentasjonsplikt som innebærer at myndighetene har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om transaksjoner med nærstående selskaper er forretningsmessige og ikke uvanlige.

I kategorien rene kapitalvernregler finner vi begrensningene for selskapets gaveutdelinger,²⁸ utdelinger,²⁹ selskapets erverv av egne aksjer,³⁰ kreditt og sikkerhetsstillelse mv.³¹ Forholdet mellom disse reglene og § 3-8 vil stå sentralt denne oppgaven, og det går nærmere inn på bestemmelsene senere.

Denne presentasjonen er ikke uttømmende, den tar for seg de viktigste reglene med et virkeområde som overlapper § 3-8. Listen indikerer at vi har mange regler som har en større eller mindre betydning for selskapets avtaler med aksjeeiere. Hvorvidt disse kommer til anvendelse ved siden av § 3-8, vil bero på om hensynene § 3-8 skal ivareta i tilstrekkelig grad blir ivaretatt gjennom de øvrige reglene.³²

1.3.3 Finnes utenlandske ekvivalenter?

Som jeg skal komme tilbake til under pkt. 1.4.1, har § 3-8 sitt grunnlag i EUs kapitaldirektiv. Bestemmelsen slik den er i dag er imidlertid betraktelig utvidet, og den har en langt større rekkevidde enn direktivets regel.

Dette har to rettskildemessige konsekvenser. For det første finner en ikke mye relevant rettsstoff fra EU-retten. For det andre har de fleste land, også de vi ellers liker å sammenligne oss med, lagt seg tett opp til direktivregelen, slik at utenlandsk rett stort sett ikke vil bidra med noe til behandlingen av temaet for denne oppgaven.³³

Man har rett nok i engelsk rett en bestemmelse i Companies Act 2006 section 190, sammenholdt med 191, som gjelder såkalte «substantial property transactions» mellom

²⁵ ISA 550 pkt. 4.

²⁶ Lov 17. juli 1998 nr. 56

²⁷ Lov 13. juni 1980 nr. 24.

²⁸ § 8-6.

²⁹ § 3-6, og særlig utbyttreglene i §§ 8-1 flg.

³⁰ §§ 9-2 flg.

³¹ §§ 8-7 flg.

³² Bråthen 2007 s. 71.

³³ For Sverige og Danmarks del kan det vises til aktieselskabsloven § 6c, anpartsselskabsloven § 9 og aktiebolagslagen (2005) 2. kap. 29 §.

selskap og styremedlem³⁴. Man finner ikke tidsfristen som kapitaldirektivets regel inneholder, og bestemmelsen gjelder uavhengig av ytelsesstrømmen i transaksjonen. Tilsvarende regulering finner man også i Malaysia.³⁵

Løsningene og tankene bak reguleringene i de to landene lar seg likevel ikke lett overføres. For det første er selskapene strukturert på en annerledes måte. Det er også mitt inntrykk at reguleringene er satt primært for å verne om aksjeeierne, slik at kreditorhensyn ikke står særlig sentralt.³⁶ Sistnevnte er en viktig beveggrunn bak den norske bestemmelsen.³⁷ I det rettsstoffet jeg har undersøkt har jeg heller ikke funnet noe som kan tilføre vurderingene av de problemstillingene jeg tar for meg i denne oppgaven.

Således vil de vurderingene som må foretas i oppgaven, basere seg på norske rettskilder.

1.4 Bestemmelsens formål og hvilke hensyn som gjør seg gjeldende

1.4.1 Hovedformålet til bestemmelsen er å sikre åpenhet

Bestemmelsen har vokst frem i tre omganger, med en lovregulering i 1995 og utvidelser i 1997 og 2007, og bestemmelsens karakter er gjennom endringene blitt vesentlig endret. Aksjeloven fra 1976 hadde ingen regel som helt tilsvarer § 3-8. Loven hadde imidlertid § 2-9a, som ble lovfestet i 1995,³⁸ og det er ut fra denne bestemmelsen man har hatt en utvikling frem mot § 3-8 slik den er utformet i dag. Paragraf 2-9a ble til for å implementere annet selskapsdirektiv til EU.³⁹

Bestemmelsen var imidlertid begrenset til allmennaksjeselskap, og tok kun sikte på å hindre omgørelser av reglene om stiftelse ved tingsinnskudd.⁴⁰ I den nye aksjeloven fra 1997 ble bestemmelsen utvidet betraktelig, den gjaldt fra da av også for aksjeselskaper og hadde dessuten ingen tidsbegrensning som § 2-9a hadde.

³⁴ Loven bruker begrepet «director», og det er viktig å huske på at organisasjonsstrukturen og ansvarsfordelingen i selskapet er annerledes enn i norsk rett.

³⁵ Se The Corporate Law Reform Committee for the Companies Commission of Malaysia, “A Consultative Document On Review of Provisions Regulating Substantial Property Transactions, Disclosure Obligations and Loans to Directors”, July 2007.

³⁶ *Ibid* s. 25.

³⁷ Pkt. 1.4.1.

³⁸ Lov 22. desember 1995 om endringer i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper m.v. (EØS-tilpasninger).

³⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 7, jfr. annet selskapsdirektiv 77/91 EØF («kapitaldirektivet») art. 11.

⁴⁰ NOU 1992:29 s. 80 og Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 170.

Paragrafen ble sist endret ved etterkontrollen av aksjelovgivningen i 2006.⁴¹ Da ble personkretsen utvidet, og saksbehandlingsregelen gjaldt fra da av uavhengig av om det var selskapet eller aksjeeieren som skulle yte vederlag.

Disse store endringene har ført til at § 3-8 rekker langt videre enn det annet selskapsdirektiv påkrever, og det har ført til at formålet med bestemmelsen er blitt utvidet fra å kun ta sikte på å unngå omgåelser av stiftelsesreglene. I forarbeidene til endringsloven i 2007 fremhevet departementet at «[h]ovedpoenget med § 3-8 er ikke å fastslå at disposisjonene nødvendigvis er ulovlige, men å få dem frem i lyset. Dette kan dessuten ha en preventiv betydning».⁴²

Også uavhengig av uttalelsen fremstår det som klart at hovedformålet til bestemmelsen er å sikre åpenhet rundt disposisjoner der det er en risiko for at de er utilbørlige eller ugyldige. Dersom en avtale faller inn under virkeområdet til § 3-8, må generalforsamlingen godkjenne avtalen. I tillegg skal styret etter (2) utarbeide en redegjørelse om avtalen som skal sendes til Foretaksregisteret. Med andre ord oppstilles det kun prosedyreregler; bestemmelsen inneholder ikke noen materielle begrensninger for hva som kan avtales mellom selskapet og aksjeeier. Følgelig blir regelens funksjon begrenset til saksbehandlingsregulering, og disse kravene sikrer åpenhet om avtaler med et ekstraordinært preg. Den stenger derimot ikke for at slike avtaler kan bli inngått.

Av enkelte er det blitt anført at bestemmelsenes formål er tredelt.⁴³ For det første pekes det på at man skal vanskeliggjøre omgåelse av reglene om tingsinnskudd ved stiftelse, som jo var årsaken til at EU i det hele tatt kom med reguleringen i direktivet, jfr. pkt. 1.3. Videre skal den ifølge forfatterne sikre et bedre vern for kreditorene mot utilbørlige disposisjoner som svekker selskapskapitalen, og dermed kreditorenes dekningsmuligheter. For det tredje hevdes det at reglene er med på å ivareta prinsippet om likebehandling av aksjeeierne etter § 5-21.

Etter mitt skjønn blir ikke denne tredelingen helt treffende. Den første innvendingen er at reglene om stiftelse ved tingsinnskudd⁴⁴ er begrunnet nettopp i hensynet til kreditorene,⁴⁵ og verner også aksjeeierne i den forstand at de sikrer at selskapet har et forsvarlig kapitalgrunnlag for driften sin. Dermed blir det å unngå omgåelse av stiftelsesreglene kun en del av det generelle hensynet til vernet av interessene til kreditorene og aksjeeierne.

⁴¹ Endringer ved lov 15. desember 2006 nr. 88.

⁴² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

⁴³ Se blant andre Abrahamsen og Aase s. 342-343 og Haugstvedt s. 11-12.

⁴⁴ § 2-6.

⁴⁵ Woxholth 2010 s. 114.

Den andre innvendingen min er at tredelingen verken får frem formålet om åpenhet omkring avtalene, og hvordan dette transparensiktemålet forholder seg til hensynet til kreditorene og aksjeeierne.

Hovedformålet med bestemmelsen er, som forarbeidene gir uttrykk for, å sikre åpenhet omkring avtaler der det foreligger en risiko for at selskapsinteressen settes til side og at selskapskapitalen dermed kan bli misbrukt. Det er i utgangspunktet kun to grupper som har en verneverdig interesse i at dette ikke skjer – nemlig aksjeeierne og kreditorene. Dermed kan man si at man ønsker åpenhet av hensyn til aksjeeierne og kreditorene, og hva man skal trekke frem som formålet med bestemmelsen beror på hvilket abstraksjonsnivå man skal legge seg på.

Etter min mening er det mest fruktbart å forholde seg til at bestemmelsen skal sikre transparens rundt avtaler der misbruk lett kan forekomme. Man får da konkretisert formålet mer enn ved generelle henvisninger til aksjeeier- og kreditorvern.

Det vil også klargjøre rammene for vurderinger av om § 3-8 skal tolkes innskrenkende eller ikke. I en slik vurdering vil det være sentralt å vurdere om formålet bak § 3-8 er tilstrekkelig ivaretatt gjennom øvrige regelsett.⁴⁶ Materielle regler kan ivareta aksjeeier- og kreditorinteressene, men de vil vanligvis ikke bidra til den åpenheten som § 3-8 tar sikte på å oppnå. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er det jo nettopp effektiviteten til materielle rettigheter § 3-8 hovedsakelig skal ivareta. Dermed vil et referansepunkt som ligger i det generelle aksjeeier- og kreditorvernet ved vurderingen av innskrenkende fortolkning, ikke belyse den i utgangspunktet manglende relevansen til rent materielle regler.

Et spørsmål som i forlengelsen av dette må reises, er *hvorfor* aksjeeierne og kreditorene er interesserte i at selskapets ekstraordinære avtaler må bli behandlet på generalforsamling og meldes til Foretaksregisteret. Aksjeeieren har en eierandel av selskapet, og har således en ganske sterk økonomisk interesse i hvordan selskapets kapital brukes. Kreditoren har på sin side en fordring mot selskapet, og på grunn av § 1-2 beror hans dekningsutsikter i stor grad på hvordan selskapskapitalen brukes.

Fordi disse to interessegruppene har en slik sterk økonomisk tilknytning til selskapet, har man i regelverket generelt, og i aksjeloven spesielt, mange materielle regler som skal verne om interessene til disse to gruppene. Problemet med materielle regler er at man må ha *kunnskap* om de faktiske forholdene for at man skal kunne håndheve sine rettigheter, og det er her § 3-8 har sin primære funksjon. Dette trer klart frem dersom

⁴⁶ Bråthen 2007 s. 71.

man ser mer generelt på forholdet mellom prosessuelle og materielle regler. Prosessuelle regler er aksessoriske i den forstand at de vanligvis skal sikre at det ligger noen realitet i de materielle reglene, det ligger et nokså begrenset *selvstendig* poeng i å ha saksbehandlingsregler.

En aksjeeier har ikke nødvendigvis en plass i styret, og kreditorene sitter vanligvis ikke der. Siden det først og fremst er styret som har kontroll over selskapets avtaler, hadde kjennskap til ekstraordinære avtaler berodd på tilfeldigheter dersom man ikke hadde hatt § 3-8. Gjennom generalforsamlingsbehandlingen får samtlige aksjeeiere kjennskap til avtalen, og kreditorene kan orientere seg i Foretaksregisteret.

At bestemmelsen spesielt verner om realitetene i de materielle rettighetene til kreditorene og aksjeeierne, er også presisert i forarbeidene gjennom at siktemålet «er først og fremst å ramme avtaler som det også etter andre regelsett i aksjelovgivningen eller på annet grunnlag gjerne kan være grunn til å sørge for at blir undergitt en kritisk vurdering».⁴⁷

Etter min mening er det videre et aspekt ved hensynet til åpenhet som ikke er blitt fremhevet i andre rettskilder, men som kan *forklare* gjeldende rett. I utgangspunktet kunne man tenke seg at prosedyrekravene i aksjelovens kapitalregler fulgte et aksiom om at man har strengere krav til saksbehandlingen jo mer potensielt kapitalskadelig transaksjonen er.

Slik er det likevel ikke, noe som gjør at man umiddelbart kunne ha hevdet at systemet er umusikalsk. For eksempel ser man at § 3-8 stiller strengere krav enn utbytteregele i kapittel 8, blant annet gjennom at § 3-8 oppstiller et vilkår om revisorgodkjennelse og registrering i Foretaksregisteret som kapittel 8 ikke inneholder.⁴⁸ Videre vil oppgaven min senere vise at § 3-8 ikke kommer til anvendelse ved ensidig bebyrdende disposisjoner.⁴⁹ Således vil ikke bestemmelsen gjelde ved rene utbytte- og gaveutdelinger fra selskapet, men som jeg senere skal begrunne, vil den komme til anvendelse ved både avtaler med maskert utbytte og gaveelementer.

I og med at maskert utbytte og gavesalg generelt sett gjør mindre innhugg i selskapskapitalen enn rene utbytte- og gaveutdelinger, kan ikke gjeldende rett forklares alene ut fra en grunnsetning om at kravene blir strengere jo mer potensielt kapitalskadelig transaksjonstypen er.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45. Som Bråthen fremhever, er det grunn til å være kritisk til standpunktet om at dette er det hovedsakelige siktemålet med bestemmelsen, se Bråthen 2007 s. 71. At det er et sentralt poeng med § 3-8, er likevel sikkert.

⁴⁸ § 3-8 (2), jfr. § 2-6.

⁴⁹ Se pkt. 2.2.

Logikken bak rettstilstanden er ikke helt åpenbar. Den kan likevel forklares gjennom at de transaksjoner som faller inn under § 3-8 medfører et behov for avklaring av transaksjonens realitet, fordi en del av dem er egnet til å tilsløre akkurat hva selskapet er forpliktet til og hva det får ut av transaksjonene. Det kan i slike tilfeller være lettere å skjule at transaksjonen er mer i aksjeeierens interesser enn selskapets, avtaler som § 3-8 er satt til å forebygge.⁵⁰

Når det gjelder rene utbytteutdelinger i kontanter ligger det eksakte innholdet i disposisjonen som oftest i dagen. Det er nok et større behov for å få en avtale som inneholder et maskert utbytte frem i lyset. Blant annet vil det å koble inn revisor gi et klarere bilde av transaksjonens realitet.

Det er imidlertid mulig at dette ikke er en helt adekvat forklaring. Selskapet kan gi både gaver og utbytte gjennom formuesgoder som ikke består i rene penger, for eksempel en næringseiendom. De lege ferenda kan det nok hevdes at revisor bør involveres også her, fordi verdien til slike formuesgoder ofte er usikker. Samtidig får man ikke her det samme tilsløringsmomentet som ved maskert utbytte og gavesalg, slik at behovet for revisorinvolvering ikke nødvendigvis er like stort.

Videre kan det også være et poeng i denne sammenhengen at når man står overfor en ensidig forpliktende disposisjon, er dette i seg selv noe som tiltrekker seg oppmerksomhet i for eksempel regnskapene.

Man kan derfor si at rasjonalet bak dagens rettstilstand er at der transaksjonstypen er egnet til å tilsløre det reelle innholdet i partenes forpliktelser, tilsier hensynet til åpenhet at det stilles strengere prosedyrekrav enn ellers. Publisitetshensynet referer seg altså ikke bare til avtalenes *eksistens*, men også transparens omkring *realitetene* i dem.

Et særlig spørsmål som kan reise seg, og som kan ha betydning for tolkingen av bestemmelsen, er hvorvidt hensynet til kreditorene er like tungtveiende som hensynet til aksjeeierne. I forarbeidene til aksjeloven uttales det at fordi selskapskapitalen er grunnlaget for selskapets virksomhet, er det «derfor deltakerne som har størst interesse av at selskapskapitalen er tilstrekkelig som grunnlag for virksomheten».⁵¹

Det legges på den andre siden opp til at hensynet til kreditorene ikke er like tungtveiende. Dette begrunnes i at selskapskreditorenes interesser i selskapet hovedsakelig ligger i dets soliditet – «[s]å lenge selskapets soliditet er utvilsom er

⁵⁰ Ot.prp. nr. 45 (2005-2006) s. 45.

⁵¹ NOU 1996:3 s. 38.

kreditorene godt sikret, og resultatet av virksomheten har mindre betydning - i hvert fall på kort sikt».⁵²

Noe forenklet skrevet ivaretar § 3-8 aksjeeiernes interesser gjennom kravet om godkjenning fra generalforsamlingen, og kreditorenes interesser gjennom styredegjørelsen som skal godkjennes av revisor og meldes til Foretaksregisteret. Det er imidlertid bare en manglende behandling på generalforsamlingen som medfører ugyldighet etter bestemmelsen.⁵³ Det er usikkert om årsaken til dette er de synspunktene som ble fremstilt i de foregående avsnittene, eller om løsningen er begrunnet i verdsettelsesproblematikken i (2) som Den norske Revisorforening og Tekna fremhevet i høringsrunden ved gjennomgangen i 2006.⁵⁴ Konsekvensen av at redegjørelseskravet ikke er et gyldighetsvilkår er like fullt at § 3-8 verner i større grad om aksjeeierne enn kreditorene.

Jeg skal ikke gå inn på noen lengre vurdering de lege ferenda av dette. Det er likevel viktig å presisere at blant kreditorene har man også de som ufrivillig har fått et krav mot selskapet, for eksempel en som har krav på erstatning utenfor kontrakt. Selv om hans interesse i selskapet kanskje er mer begrenset enn aksjeeiernes, har han ikke kommet i sin situasjon på grunnlag av et bevisst valg, som aksjeeierne har. Det kan på denne bakgrunn hevdes at man ikke burde betrakte hensynet til aksjeeierne som mer tungtveiende enn hensynet til kreditorene.

1.4.2 Hensyn mot § 3-8 og andre interesser som gjør seg gjeldende

Under forrige punkt presenterte jeg hvilke hensyn som taler for § 3-8. Her skal jeg først ta for meg hvilke interesser man har som yter motstand mot en slik regulering. Deretter skal jeg få frem hensyn som bør iakttas ved både utformingen av bestemmelsen og tolkingen av den.

Aksjelovens regler er blant de mest sentrale rammevilkår for næringsvirksomhet i Norge,⁵⁵ og § 3-8 utgjør en begrensning for hvordan selskapene kan gå frem ved inngåelse av visse avtaler. Hensynet til at selskapene skal ha en effektiv ressursutnyttelse taler generelt sett mot § 3-8, fordi prosedyren legger beslag på tid og ressurser som kunne ha blitt brukt på måter som mer direkte fremmer selskapets interesse i inntjening.

⁵² NOU 1996:3 s. 38.

⁵³ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

⁵⁴ Høringsinstansenes syn er presentert i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 44.

⁵⁵ Abrahamsen og Aase s. 343.

Hvor store kostnadene som påføres selskapene er, vil variere fra avtale til avtale og fra selskap til selskap. Det er blitt anslått for normaltilfellenes del at beløpet er mellom 20.000 til 50.000 kroner.⁵⁶ Dette omfatter styrearbeidet knyttet til redegjørelsen etter § 3-8 (2), revisorgodkjenning etter § 2-6 (2) og gjennomføring av (ekstraordinær) generalforsamling. Slik sett pålegges aksjeselskaper ikke ubetydelige ekstrakostnader ved slike transaksjoner.

Hensynet til fleksibilitet er også et viktig argument mot § 3-8, ettersom det å følge prosedyrene i bestemmelsen er tidkrevende. Dersom en butikk oppdager en trend blant forbrukerne, og ønsker å kjøpe inn varer som de ikke vanligvis ikke selger fra en aksjeeier, vil utsiktene for butikken til å kunne tjene på trenden være svekket når den må avvente godkjenning fra generalforsamlingen.

Videre vil hensynet til selskapets medkontrahent yte motstand mot § 3-8. Bestemmelsen er en sterk ugyldighetsregel uten unntak for medkontrahentens gode tro. Dette vil kunne medføre at bestemmelsen rammer hardt, også for avtaler der det faktisk ikke foreligger noen misbrukssituasjon.

Også mer generelle betraktninger kommer inn i bildet her. I og med at transaksjonskostnader isolert sett ikke bidrar til noen form for verdiskapning, kan også samfunnsøkonomiske hensyn tale mot § 3-8. I rettsøkonomien bygger det såkalte Case-teoremets sterke versjon på at når «transaksjonskostnadene nærmer seg null, blir rådheter omfordelt gjennom avtaler slik at resultatet innebærer en effektiv ressursutnyttelse».⁵⁷

En skal likevel være forsiktig med å bruke samfunnsøkonomiske hensyn som et argument mot bestemmelsen, ettersom også misbruk av selskapskapitalen vil være uønsket i en samfunnsøkonomisk henseende. Her kan det for eksempel vises til konkursomkostninger. Mest treffende blir det da å hevde at samfunnsøkonomiske hensyn taler for at man ikke begrenser selskapenes frihet mer enn det som er nødvendig for å sikre et tilfredsstillende vern for kreditorer og aksjeeiere.

Et argument som ikke er en innvending mot bestemmelsen som sådan, men som gjelder hvordan bestemmelsen bør utformes og tolkes, er at man her er inne på et rettsområde som kun regulerer næringslivet. På et slikt rettsområde er «[b]ehovet for forutberegnelighet (...) særlig stort»,⁵⁸ fordi en ressurseffektiv selskapsdrift er avhengig

⁵⁶ NHOs anslag i Finansavisen JUS 12. mai 2011 s. 8. Siden det kommer fra en interesseorganisasjon som har til formål å bedre rammevilkårene for næringslivet, er det likevel grunn til å se på tallene med et kritisk blikk.

⁵⁷ Eide og Stavang s. 142.

⁵⁸ Vinje s. 68. Tilsvarende standpunkt er også fremhevet ellers i teorien.

av at man har kjennskap til hvilke rettigheter og plikter man har. Fra næringslivshold er det også undertiden blitt fremhevet «at stor grad av forutberegnelighet er viktigere enn et optimalt tilpasset regleverk (*sic*)». ⁵⁹

Det er riktignok slik at § 3-8 stort sett ikke krever at prosedyrene følges der det inngås legitime og forretningsmessige avtaler. ⁶⁰ I og med at konsekvensen av brudd på § 3-8 er ugyldighet uten unntak for godtroende medkontrahent, vil imidlertid selskaper være varsomme med å unnlate å følge prosedyrene der man har en større eller mindre grad av tvil om dette rettslig sett er påkrevd. Dette kan medføre at fullt ut legitime og forretningsmessige avtaler følger prosedyrene i bestemmelsen uten at det strengt tatt var nødvendig, og at kostnader som kunne ha gått til verdiskapning går til spille. Dette er heller ikke i interessene til kreditorene og aksjeeierne, siden transaksjonskostnadene svekker selskapskapitalen uten at disse utgiftene i seg selv genererer inntekter for selskapet.

Dette poengteres også i forarbeidene: «Et siktemål må ellers være å finne frem til en utforming av § 3-8, jf. § 3-9, som gjør reglene treffsikre i forhold til de disposisjoner som søkes rammet, og at de ikke på en unødigg måte vanskeliggjør gjennomføringen av legitime transaksjoner.» ⁶¹

Dette burde for det første få som konsekvens at bestemmelsen gis en mest mulig presis ordlyd, som gjør at det er enkelt å forholde seg til den. Eventuell tolkingstvil vil antakeligvis medføre at næringslivet velger å være på den sikre siden, selv om lovgiver ikke nødvendigvis har ment at den aktuelle disposisjonen må godkjennes på generalforsamlingen. For det andre bør lovgiver også bruke forarbeidene aktivt til å avklare det nærmere innholdet i bestemmelsen der det ikke er hensiktsmessig å løse problemet i ordlyden. Lovgiver bør også være åpen for innspill fra næringslivet om hva som i praksis er problematisk ved anvendelsen av bestemmelsen. Hvorvidt lovgiver har lykket med denne målsetningen, er imidlertid et annet spørsmål som jeg skal komme tilbake til. ⁶²

Hensynet til forutberegnelighet og behovet for klare regler gjør seg altså gjeldende med styrke. Dette innebærer blant annet at en «utvidende tolkning av lovbestemmelsen kan være problematisk». ⁶³ Det er mulig at man på samme grunnlag kan hevde at det også skal noe mindre til for å tolke § 3-8 innskrenkende enn det som ellers kreves. Det vil

⁵⁹ Truyen s. 322.

⁶⁰ Spesielt grunnet § 3-8 (1) nr. 4.

⁶¹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

⁶² Pkt. 7.3.

⁶³ Bråthen 2011 s. 45.

også skape koherens om motstand mot utvidende tolking følges av en tilsvarende tilbøyelighet til innskrenkende tolking.

Oppsummert kan man si at effektivitets- og fleksibilitetshensyn taler mot § 3-8. Samtidig har man også tungtveiende argumenter for å skape en klar rettsstilstand for å unngå at kapital går unødvendig til spille.

1.5 Opplegget videre

I det følgende skal jeg under pkt. 2 gi en fremstilling av avtalebegrepets kvalitative og kvantitative innhold, før det skal gis en kort presentasjon av det personelle kravet i § 3-8 (pkt. 3). Under de neste tre punktene skal jeg ta for meg transaksjonstypene erverv av egne aksjer (pkt. 4), utbytte- og gaveutdelinger (pkt. 5), samt selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse (pkt. 6). Til slutt kommer en rettspolitisk vurdering av bestemmelsen.

2 AVTALEBEGREPET

2.1 Generelt

For at § 3-8 skal komme til anvendelse, er det en grunnleggende forutsetning at det blir inngått en «avtale». Det er dette som er godkjenningsobjektet for generalforsamlingen, og at man er innenfor ordlyden til dette vilkåret er den første forutsetningen for at en transaksjonstype faller innenfor virkeområdet til § 3-8. I denne delen av oppgaven skal jeg presentere hva som ligger i begrepet «avtale».

Hvilke egenskaper en transaksjonstype må ha for å være en «avtale» etter § 3-8 (1) vil jeg ta for meg under pkt. 2.2. Dette er en kvalitativ vurdering.

Siden undersøkelsesobjektet etter § 3-8 er «[e]n avtale», er det den aktuelle avtalen og denne avtalen alene som må holdes opp mot § 3-8. Rammene for hva som er én avtale og hva som er flere avtaler, må derfor også vurderes. Selv om avtalepartene spalter opp et rettsforhold i flere ulike kontraktsdokumenter, vil ikke dette være avgjørende. Det kan være at rettsanvenderen er nødt til å se de formelt sett flere avtalene under ett, slik at det må vurderes om innholdet i disse totalt sett vil medføre et krav om generalforsamlingsbehandling etter § 3-8. Dette er en kvantitativ vurdering som vil bli behandlet under pkt. 2.3.

2.2 Hvordan skal «avtale» tolkes?

Under dette punktet skal det gis en fremstilling av hva som ligger i «avtale»-vilkåret i § 3-8. Avtalebegrepet er sentralt i norsk rett. En må riktignok være forsiktig med begrepsjuss,⁶⁴ og man må alltid tolke begrepet ut fra konteksten. Vi har likevel ikke holdepunkter for å anta at begrepet skal tolkes nevneverdig annerledes i § 3-8 enn ellers.

Et grunnleggende kjennetegn er enighet mellom to eller flere parter som det knyttes rettslige virkninger til; en avtale «kommer i stand ved den enes tilbud og den annens aksept».⁶⁵ Dermed faller for eksempel tvangssalg utenfor, fordi man her mangler frivillighetsaspektet. Dette kan likevel ikke medføre at avtaler inngått der den ene parten har kontraheringsplikt faller utenfor. En må antakeligvis se det slik at frivilligheten ligger i at man i det hele tatt tilbyr varen eller tjenesten på gitte vilkår, selv om en altså i slike tilfeller har en begrenset frihet til å velge medkontrahenter.

Bestemmelsen er nå gjort uavhengig av om selskapet er erverver eller avhender, slik det var tidligere.⁶⁶ Dermed har ytelsesstrømmen i transaksjonen i utgangspunktet ikke noe å si for spørsmålet om man er innenfor virkeområdet til § 3-8.

For å kunne danne seg et inntrykk av hva som er en avtale og hva som er andre rettslige disposisjoner, er man nødt til å se hen til avtalerettens grunnbegreper. Forpliktelser i avtaleretten kan enten være ensidige eller gjensidige. En ensidig bindende disposisjon kan være enten betinget eller ubetinget, og begrepene refererer seg her til spørsmålet om løftet er betinget av mottakerens aksept eller ikke.⁶⁷

Slike ensidig bindende disposisjoner vil ikke tilfredsstille vilkåret «avtale» i § 3-8.⁶⁸ At disposisjonen må være gjensidig forpliktende, er også forutsatt i § 3-8 (2) gjennom at styret skal utarbeide en redegjørelse vedrørende begge parter ytelse. Dette må gjelde også selv om den ensidig forpliktende disposisjonen er formalisert i et dokument som viser enighet om forpliktelsen.⁶⁹ Dermed vil en betingelse om aksept fra mottakeren i seg selv ikke være tilstrekkelig til at det foreligger en «avtale» etter § 3-8.

Etter § 3-8 er det altså et minstevilkår at disposisjonene er gjensidig forpliktende, selv om det senere drøftes om dette alene er tilstrekkelig til at vilkåret er oppfylt.

⁶⁴ Tørum s. 337.

⁶⁵ NOU 1979:5 s. 44 om tolkingen av begrepet i avtaleloven § 36.

⁶⁶ Endringslov 15. desember 2006 nr. 88.

⁶⁷ Giertsen 2006 s. 30.

⁶⁸ Bråthen 2007 s. 75, Berge og Gåseide Røsås s. 18 og Andenæs 2006 s. 429.

⁶⁹ Bråthen 2007 s. 75.

Grensedragningen mellom ensidig forpliktende disposisjoner og gjensidig forpliktende disposisjoner blir derfor helt sentral ved anvendelsen av § 3-8.

I forarbeidene til avtaleloven § 36 blir denne grensedragningen tatt opp. Det uttales der at:

«En avtale kommer i stand ved den enes tilbud og den annens aksept. En gave vil således ikke være noen avtale, idet et gaveløfte ikke forutsetter mottakerens aksept og heller ikke forplikter mottakeren. Anderledes vil det derimot være dersom det til en gave er knyttet betingelser, eller i tilfelle hvor en har med et såkalt 'gavesalg' å gjøre. I disse tilfellene vil mottakeren være forpliktet til noe, selv om totalinntrykket er at den ene part yter mer enn den annen. Like fullt vil en i disse tilfellene tale om en 'avtale'.»⁷⁰

Riktignok angår disse uttalelsene tolkingen av avtalebegrepet i en annen lov enn vi her står overfor. Samtidig er uttalelsene i samsvar med hvordan avtalebegrepet er blitt forstått ellers i obligasjonsretten. Og lovgiver indikerer ikke i forarbeidene til § 3-8 at det skal tolkes på en annen måte på dette punktet.

Denne tolkingen innebærer at tilfeller der selskapet gir aksjeeieren en eiendom uten krav om vederlag eller andre forpliktelser, vil dette falle utenfor virkeområdet til § 3-8. Dersom formuesgodet, for eksempel en bil, kun gis under en forutsetning om at aksjeeieren kommer og henter det, vil det derimot foreligge en «avtale» dersom man legger til grunn denne forståelsen av begrepet.

En innvending mot dette er at disposisjoner som kun er forpliktende for selskapet, generelt sett vil være mer kapitalskadelig for selskapet enn gjensidig bebyrdende avtaler. Formålsbetraktninger kan derfor tale for en utvidende tolking av bestemmelsen på dette punktet.

Samtidig må en ta i betraktning at § 3-8 er en gyldighetsregel, hvilket gjør at en «utvidende tolkning av lovbestemmelsen kan være problematisk».⁷¹ Aksjeloven har en særskilt regulering av disposisjoner som kun forplikter selskapet gjennom gaver i § 8-7 og utdeling etter § 3-6, hvilket underbygger at man ikke kan la § 3-8 omfatte disposisjoner som kun forplikter selskapet.⁷²

Således vil ikke selskapets gaver eller utdelinger til aksjeeiere være en «avtale» etter § 3-8, fordi de kun forplikter selskapet.⁷³ Særlige spørsmål reiser seg imidlertid ved maskert utbytte og gavesalg, spørsmål som jeg skal behandle senere i denne oppgaven.

⁷⁰ NOU 1979:32 s. 44.

⁷¹ Bråthen 2011 s. 45.

⁷² Berge og Gåseide Røsås s. 18-19.

⁷³ Bråthen 2007 s. 75.

2.2.1 Hvilke forpliktelser er relevante?

Utgangspunktet er altså at partene på hver sin side må ha blitt pålagt forpliktelser gjennom disposisjonene som er blitt foretatt, for at det skal foreligge en «avtale» etter § 3-8 (1). Forpliktelser forekommer likevel i mange ulike former,⁷⁴ og det er ikke gitt at enhver rettslig forpliktelse er relevant for vurderingen av om det foreligger en gjensidig forpliktende avtale.

En viktig presisering er at begrepet «forpliktelse» referer seg til en byrde som pålegges den ene parten. Dette må avgrenses mot betingelser og vilkår som knytter seg direkte og alene til en ytelse.⁷⁵ Hvis selskapet gir en bil vederlagsfritt til aksjeeieren med et vilkår om at selskapet skal ha en fullstendig bruksrett til den i et år, vil bruksretten naturligvis ikke være en byrde for aksjeeieren. Mer nærliggende er det å konstatere at det foreligger en gjensidig forpliktende avtale der aksjeeieren får bilen mot at han skal reparere den.

Bestemmelsen stiller ikke krav til at partenes forpliktelser skal oppfylles overfor hverandre. Dersom selskapet inngår en avtale med en aksjeeier der selskapet skal utbetale vederlaget til en av aksjeeierens kreditorer, vil ikke dette stenge for at § 3-8 kommer til anvendelse. Det avgjørende er hvorvidt avtalen er gjensidig forpliktende, ikke hvorvidt disse forpliktelsene skal oppfylles direkte til hverandre.⁷⁶

Et annen viktig presisering ved vurderingen av om det foreligger en gjensidig forpliktende avtale eller ikke, er at man ikke kan se på kontraktsdokumentet isolert sett ved vurderingen av om en part har påtatt seg forpliktelser. I avtaleforhold er det et nokså klart samspill mellom den avtalen som er inngått mellom partene og bakgrunnsretten når man skal klarlegge hvilke forpliktelser partene har påtatt seg. Haaskjold uttrykker det slik: «Kontraktsforpliktelser kan ikke fastlegges ut fra en isolert vurdering av kontrakten alene».⁷⁷

Når en i avtaleretten har et såpass tett samspill mellom avtale og bakgrunnsrett, og det ville ha vært nokså oppsiktsvekkende om man utelukkende skulle se på kontraktsdokumentene og ikke bakgrunnsretten ved anvendelsen av de ulike vilkårene i § 3-8.

Et eksempel her er at selskapet og aksjeeieren blir enige om at selskapet skal gjøre opp for aksjeeierens gjeld overfor en tredjemann. Det følger av ulovfestet rett at den som

⁷⁴ Se Hagstrøm kapittel 6.

⁷⁵ På dette punktet er forarbeidene til avtl. § 36 noe upresise.

⁷⁶ Slik også Bråthen 2011 s. 50 og Berge og Gåseide Røsås s. 20.

⁷⁷ Haaskjold s. 25.

gjør opp for en annen persons forpliktelser, som en klar hovedregel har krav på regress.⁷⁸ Selv om kontraktsdokumentet isolert sett ikke inneholder noen vilkår om regress, kan dette etter min mening ikke stenge for at avtalen om intervensjonsbetaling må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8.

Et særskilt spørsmål er om det stilles kvalitative krav til forpliktelsens karakter for at den alene gjør transaksjonen bebyrdende for vedkommende part. Hvis man ikke stiller et slikt krav til forpliktelsens karakter, må man utelukkende sammenligne rettsstillingen før og etter disposisjonene, og vurdere om partene har påtatt seg ytterligere forpliktelser. En slik retningslinje åpner for at enhver form for forpliktelse som blir pålagt partene ved avtaleinngåelsen, er tilstrekkelig til at den i bestemmelsens forstand er forpliktende.

Når det gjelder *selskapets* forpliktelser forutsetter § 3-8 uttrykkelig et kvalitetskrav; de må ha en økonomisk verdi. Dette fremgår i § 3-8 (1), der det heter at selskapets forpliktelse må ha «en virkelig verdi» som overstiger en tidel av aksjekapitalen for at generalforsamlingsgodkjennelse av avtalen er nødvendig.⁷⁹

Antakeligvis kreves det her det er forpliktelsen *per se* som har en økonomisk verdi. Bestemmelsen rammer trolig ikke avtaler der forpliktelsene i seg selv ikke har noen økonomisk verdi, men vil ha positive økonomiske konsekvenser for aksjeeieren. Et slikt standpunkt har et visst grunnlag i ordlyden «ytelse». Støtte for dette finner man også i at verken hensynet til aksjeeierne eller kreditorene yter særlig motstand mot at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse der forpliktelsen bare har indirekte økonomisk betydning for aksjeeieren.⁸⁰

Denne grensedragningen belyses best gjennom et eksempel. Det kan være at det på et tidlig stadium i forhandlinger mellom to parter inngås en forhandlingsavtale som innebærer at ingen av partene har lov til å gå inn i forhandlinger med tredjemenn. Her vil ikke forpliktelsene *per se* normalt ha noen økonomisk verdi, hvilket utelukker at § 3-8 kommer til anvendelse. Dette altså til tross for at forhandlingsavtalen kan ha positive økonomiske konsekvenser for aksjeeieren. Typisk vil heller ikke biforpliktelser i avtaleforholdet i seg selv ha en økonomisk verdi, for eksempel opplysningsplikter.

En forpliktelse har økonomisk verdi typisk der det går økonomiske verdier fra den ene parten til den andre. Det behøver likevel ikke å være tale om en verdioverføring for at forpliktelsen skal ha en økonomisk verdi, et eksempel på dette er konsulentttjenester. Dermed omfattes også avtaler der selskapets forpliktelse har en verdi for aksjeeieren

⁷⁸ Se pkt. 6.5.4.1.

⁷⁹ Se også Berge og Gåseide Røsås s. 18.

⁸⁰ *Ibid* s. 20.

uten at med transaksjonen skjer en tilsvarende negativ påvirkning på kapitalen til selskapet, selv om dette normalt er tilfellet der selskapets forpliktelse har en økonomisk verdi.

Mer åpent er spørsmålet om tilsvarende krav må stilles til aksjeeierens forpliktelser for at det skal foreligge en «avtale» etter § 3-8 (1). Spørsmålet har nokså stor betydning. Vil det foreligge en «avtale» etter § 3-8 (1) der selskapet gir en formuesgjenstand vederlagsfritt, men under forutsetning om at aksjeeieren skal ha ansvaret for transporten av gjenstanden?

Et slikt krav kan ikke utledes av ordlyden. Videre skal bestemmelsen, som presentert under pkt. 1.4.1, verne om kreditorene og aksjeeierne. Disse hensyn taler for at man krever at *selskapets* har en forpliktelse med økonomisk verdi. Har selskapets forpliktelse først en slik verdi, vil hensynene gjøre seg gjeldende uavhengig av om aksjeeierens forpliktelser har økonomisk eller ikke-økonomisk verdi. Formålsbetraktninger kan derfor tale for at det ikke stilles noe krav om at medkontrahentens pålegges en ytelsesforpliktelse.

Det oppstilles heller ingen terskelverdier i bestemmelsen for denne partssiden av avtalen for at generalforsamlingsbehandling er nødvendig. Interessant er det imidlertid at styret etter § 3-8 (2) skal utarbeide en redegjørelse for avtaler som skal generalforsamlingsbehandles etter bestemmelsen, om at det er et «rimelig samsvar» mellom ytelsen selskapet skal prestere og det «verdien av det vederlaget selskapet skal motta». Bestemmelsen forutsetter tilsynelatende at aksjeeierens forpliktelse må ha en økonomisk verdi.

Riktignok skal en være forsiktig med å trekke materielle slutninger fra § 3-8 (2). Systemet i bestemmelsen er at § 3-8 (1) regulerer de materielle vilkårene for at en avtale må følge prosedyrene i bestemmelsen, mens (2) er en ren prosedyreregulering. Manglende redegjørelse etter (2) medfører heller ikke ugyldighet etter bestemmelsen,⁸¹ slik at også avtaler med verdimessig ubalanse kan være gyldige § 3-8. Uttrykksmåten (2) taler like fullt for at aksjeeierens forpliktelse må ha en økonomisk verdi.

I forarbeidene gis det likevel ingen indikasjoner på at § 3-8 (2) skal legge noen føringer for virkeområdet til bestemmelsen. Poenget med endringen i 2006, der man tidligere kun hadde en henvisning til § 2-6, var at § 2-6 kun gjelder tilfeller der selskapet mottar annet enn penger gjennom avtalen. Man inntok derfor en ny formulering i (2) for å presisere hva som lå i kravet til redegjørelsen etter at det ikke lenger var et krav at

⁸¹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

selskapet må motta annet enn penger i avtalen.⁸² At endringen kunne medføre slike spørsmål som her oppstår, var noe man ut fra forarbeidene tilsynelatende ikke var klar over. Dermed må tausheten i forarbeidene om dette spørsmålet tolkes slik at (2) ikke kan ha betydning for virkeområdet til § 3-8.

Uttalelser i forarbeidene som mer direkte angår tolkingen av § 3-8 (1) er noe uklare. Før 1. januar 2007 var bestemmelsen begrenset til selskapets «erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser». Endringen til formuleringen «avtale» ble begrunnet med at hensynet bak bestemmelsen og utvidelsen av personkretsen «tilsier at alle typer avtaler omfattes, uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger».⁸³

Den *første* delen av uttalelsen, før kommaet, indikerer at det ikke er noen forutsetning om at aksjeeierens forpliktelse må involvere noen ytelse med økonomisk verdi. Om lovgiver i formuleringen «uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger» har tilsiktet å snevre inn virkeområdet til bestemmelsen mer enn ordlyden isolert sett tilsier, fremstår imidlertid som uklart.

Isolert sett kan denne delen av uttalelsen nok indikere at forpliktelsene til begge avtalepartene må ha en økonomisk verdi. Dette fordi forarbeidsuttalelsen synes å forutsette et krav om at den ene av partenes forpliktelse består i penger, mens den andres består i «eiendeler, tjenester eller ytelser», som var bestemmelsens ordlyd tidligere.

Etter min mening kan man likevel ikke legge særlig vekt på denne delen av forarbeidsuttalelsen. For det første var det heller ikke før lovendringen noe krav om at selskapets ytelse måtte bestå i penger, også bytteavtaler ble omfattet.⁸⁴ Det har også formodningen mot seg at lovgiver i en bisetning ønsket å innføre vilkår som i stor grad påvirker omfanget til bestemmelsen.

Videre viser lovgiver eksplisitt til lovformålet, og som tidligere påpekt vil dette tilsi at det ikke gjelder noe krav om at aksjeeierens forpliktelse må ha en økonomisk verdi. Lest i uttalelsens kontekst fremstår den siste delen av det siterte som en utilsiktet og upresis formulering. Etter min mening må uttalelsen tolkes slik at lovgivers vilje oppsummeres i formuleringen om at hensynet bak bestemmelsen tilsier at «alle typer avtaler omfattes».

⁸² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 43.

⁸³ *Ibid* s. 46

⁸⁴ Andenæs 2006 s. 429.

Konklusjonen må således være at selskapets forpliktelse må ha en økonomisk verdi, mens det ikke stilles kvalitative krav til aksjeeierens forpliktelser.

2.2.2 Må avtalen være gyldig etter andre regler for at det er en «avtale» i § 3-8?

Et eget spørsmål er hvorvidt avtaler som er ugyldige etter andre regelsett, vil være en «avtale» i § 3-8.⁸⁵ I slike tilfeller kan det hevdes at man er utenfor § 3-8 fordi man ikke har en avtale som er rettslig forpliktende. Det kan også hevdes at det ikke er behov for at § 3-8 kommer til anvendelse i tillegg til den andre ugyldighetsregelen.

Likevel ligger det ikke i avtalebegrepet et krav om at gyldighet må foreligge for at en disposisjon kan anses for å være en avtale. Videre gis det ingen indikasjoner på en slik tolking av bestemmelsen i forarbeidene. Tvert imot – i forarbeidene uttrykkes det at bestemmelsen kommer til anvendelse ved siden av for eksempel «aksjelovgivningens bestemmelser om ulovlige utdelinger».⁸⁶ Bestemmelsens funksjon er også hovedsakelig å sørge for åpenhet omkring avtaler der det er en særlig risiko for at ugyldighet foreligger.

Et unntak må trolig gjøres for avtaler som rettsordenen overhodet ikke anerkjenner. Et eksempel er straffelovens ikraftredelseslov⁸⁷ § 12 at det av «Spil og Væddemaal opstaar ingen Forpligtelse». Når det er snakk om avtaler som i det hele tatt ikke anerkjennes i vår rettsorden, så kan de heller ikke falle inn under «avtale» i § 3-8 (1). I så fall hadde man nettopp anerkjent avtalen, om enn implisitt.

I praksis skjer det imidlertid ikke så ofte at det inngås slike avtaler mellom selskapet og en i personkretsen som omfattes av § 3-8.

2.2.3 Særlig om betingede avtaler og opsjoner

Betingede avtaler og opsjoner reiser visse særspørsmål i relasjon til inngangsvilkåret «avtale» i § 3-8.⁸⁸ Grunnen til dette er at den avtale som inngås mellom partene i slike tilfeller ikke umiddelbart eller ved en avtalt dato skal tre i kraft i sin helhet; kravenes «endelige stiftelse er (...) suspensivt betinget».⁸⁹

⁸⁵ Tilsvarende problemstilling vil ikke reise seg der det er grunnlag for kontraktsrettslig heving. Ved heving er det ytelsene som er problematiske. Ved ugyldighet er det imidlertid noe galt med selve avtalen, enten på grunn av innholdet eller hvordan den kom i stand, se Hov s. 181-182.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

⁸⁷ Lov om den almindelige Straffelovs Ikrafttræden av 22. mai 1902 nr. 11.

⁸⁸ Slike avtaler reiser også særlige spørsmål omkring verddivurderingen som må foretas etter § 3-8 (1), men som det ikke går nærmere inn på her.

⁸⁹ Hagstrøm s. 692.

En opsjon kjennetegnes av at forpliktelser kan være «betinget av en rettshandel fra en av partenes side»,⁹⁰ mens forpliktelser som er betinget av inntreden av en gitt omstendighet vil være en betinget avtale. Opsjonen eller betingelsen kan utsette ikrafttredelsen til avtaleforpliktelsene som helhet, eller bare deler av den.

I utgangspunktet skulle ikke dette ha noe å si for vurderingen av om § 3-8 kommer til anvendelse eller ikke – det sentrale er hvorvidt det er inngått en gjensidig bebyrdende avtale, ikke *når* forpliktelsene skal gjennomføres. Dette kan trekkes ut fra ordlyden til bestemmelsen.

Det kan imidlertid oppstå problemer der avtalen som helhet er betinget eller gjenstand for opsjon, eventuelt at samtlige av den ene parts forpliktelser er det. Det er som nevnt et krav at avtalen er gjensidig forpliktende. Spørsmål oppstår der utløsning av opsjons- eller betingelsesmekanismen virker usannsynlig, for eksempel der selskapet inngår en avtale om hjelp ved naturkatastrofer. Det må da vurderes om man kan si at avtalen i lys av dette er gjensidig forpliktende.

På den ene siden kan det påpekes at når rettsregelen er at avtalen må være gjensidig forpliktende, må det etter det ulovfestede beviskravet i sivile saker foreligge sannsynlighetsovervekt for dette.⁹¹ Det kan hevdes at når det ikke er sannsynlig at forpliktelsene utløses, er avtalen heller ikke gjensidig forpliktende.

Den riktige betraktningsmåten må likevel være å se på det som en *selvstendig forpliktelse* at man påtar seg risikoen for at visse omstendigheter skal inntreffe.⁹² Og i den grad det ikke er grunnlag for å statuere at avtalen er inngått proforma, vil det altså foreligge en gjensidig forpliktende avtale her.

At det er usannsynlig at forpliktelsene utløses, innebærer imidlertid at man må være særlig på vakt for at det foreligger maskert utbytte etter § 3-6. I slike tilfeller må vederlaget justeres slik at det er samsvar med den risikoen aksjeeieren har påtatt seg.

2.2.4 Særlig om intensjonsavtaler, letters of awareness og rammeavtaler

Under dette punktet skal jeg ta for meg hvordan intensjonsavtaler, såkalte letters of awareness og rammeavtaler forholder seg til § 3-8. Slike disposisjoner foretas gjerne ved større kommersielle samarbeid, eller der samarbeidet skal vare over lengre tid.

⁹⁰ Hagstrøm s. 794.

⁹¹ Se blant annet Rt. 1992 s. 64.

⁹² Hagstrøm s. 122

Med intensjonsavtale siktes det her til «en avtale som skal regulere partenenes rettigheter og forpliktelser under forhandlingene, og som gjerne også regulerer fremgangsmåten for hvordan avtalen om hovedspørsmålet skal inngås».⁹³ Som ellers må man tolke eventuelle skriftlige dokumenter, partsutsagn og atferd ellers for å vurdere i hvilken grad, og i så fall hvordan, partene er gjensidig forpliktet. Ved intensjonsavtaler kan det for eksempel avtales «å regulere partenenes prekontraktuelle handlingsmønster».⁹⁴

Likevel er det et særtrekk ved intensjonsavtaler at det ikke skal skje noen ytelse fra selskapet. Dette fordi man kun tar sikte på å regulere veien frem mot den endelige avtalen – intensjonsavtalen skal avløses.⁹⁵ Dermed vil ikke selskapet påta seg noen ytelsesforpliktelse, som § 3-8 (1) forutsetter.⁹⁶ Dersom avtalen statuerer en slik ytelsesplikt, vil man ikke lenger være innenfor definisjonen av begrepet «intensjonsavtale».⁹⁷

Konklusjonen er derfor at intensjonsavtaler aldri må følge prosedyrene i § 3-8 for at den skal være gyldig.

Såkalte «letters of awareness» ligger i grenseland mellom rettslig forpliktende garantier og ikke-bindende erklæringer, og grensedragningen må avgjøres ut fra alminnelige avtalerettslige tolkingsprinsipper. Essensen i slike støtteerklæringer er at det ved et avtaleforhold gis en erklæring «av en utenforstående tredjepart for å vise en eventuell avtalepart at den som avgir erklæringen, på en eller annen måte 'står bak' en annen».⁹⁸ Typisk vil dette gis fra et morselskap når et datterselskap inngår en kontrakt.⁹⁹

Fordi slike erklæringer er for vage til at mottakeren kan ha noen berettiget forventning om at avsenderen mente å binde seg, er disse rettslig sett uforpliktende.¹⁰⁰ De gir riktignok en indikasjon på at avsenderen kan være villig til å rette opp eventuelle mislighold fra den avtaleparten erklæringen stiller seg bak, men dette er altså ikke tilstrekkelig.

Følgelig er heller ikke «letters of awareness» noen «avtale» etter § 3-8.

⁹³ Giertsen 2006 s. 61.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Woxholth 1995, s. 2.

⁹⁶ At en intensjonsavtale ikke innebærer noen ytelsesplikt, kom også Høyesterett til i Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda Borettslag), som dog ikke gjaldt § 3-8.

⁹⁷ Hov s. 74.

⁹⁸ *Ibid.* s. 75.

⁹⁹ Eksempelet brukes for å vise hva som er vanlig. Dersom slike erklæringer hadde vært rettslig forpliktende, hadde man uansett ikke krevd generalforsamlingsbehandling i dette eksempelet, siden § 3-8 ikke gjelder «nedover» i konsernet, jfr. (1).

¹⁰⁰ Hov s. 75.

Den tredje og siste disposisjonstypen jeg skal behandle under dette punktet er rammeavtaler. Rammeavtaler har en viss likhet med intensjonsavtaler, i og med at det i begge tilfeller inngås en avtale som skal følges opp senere.

Samtidig inngås rammeavtaler som et rammeverk for et samarbeid som skal foregå over lengre tid, der det skal skje flere suksessive ytelser fra partene. Det er derfor en ganske effektiv måte å regulere rammeverket for samarbeidet i en rammeavtale først, samtidig som at man skaper forutberegnelighet for partene. Det kan for eksempel være at en butikk inngår en avtale med en leverandør der butikken er nødt til å se an etterspørselen til en gitt vare. I et slikt tilfelle er valget av rammeavtale hensiktsmessig, da nye leveranseavtaler kan inngås raskt.¹⁰¹

Rammeavtalens rettslige karakter er at det er «en regulær bindende avtale, som fastsetter partenes rettigheter og plikter én gang for alle i etterfølgende avtaler».¹⁰² Rammeavtalen i seg selv statuerer, som sitatet indikerer, kun rammeverket for samarbeidet. Den er riktignok rettslig forpliktende for partene, men som regel innebærer ikke denne isolert sett noen ytelsesforpliktelse for selskapet.

Samtidig kan det imidlertid angis i avtalen at partene er forpliktet til å inngå et visst antall avtaler i løpet av en gitt tidsperiode. Disse etterfølgende avtalene som springer ut av rammeavtalen, kalles avrop. Hovedforpliktelsen, for eksempel leveranse av klær, hjemles i avropet. Dette fordi rammeavtalen i seg selv ikke statuerer den konkrete leveranseforpliktelsen, men en forpliktelse om at en slik avtale senere skal inngås.

Konsekvensen av dette er at selve ytelsesplikten må hjemles i det konkrete avropet. Rammeavtalen isolert sett forplikter nemlig parten(e) kun til å inngå avtaler, ikke til å prestere noen ytelse. Man kunne riktignok ha anført at det å forplikte seg til å inngå senere avtaler vil være en form for tjeneste overfor aksjeeieren og dermed en «ytelse». Samtidig kan det være grunn til å spørre om det i det hele tatt vil være naturlig å karakterisere dette som en tjeneste overfor aksjeeieren når man uansett skal inngå en senere avtale. Etter min mening vil ikke den forutberegneligheten dette skaper for aksjeeieren være tilstrekkelig til at det foreligger noen ytelsesforpliktelse her; forpliktelsen *har ikke i seg selv* en økonomisk verdi.

Reelle hensyn yter også sterk motstand mot en slik betraktningssmåte. I så fall må nemlig generalforsamlingen godkjenne både rammeavtalen og de avtalene som blir inngått ut fra rammeavtalen, et krav om dobbelbehandling som jeg ikke kan se har veldig mye for

¹⁰¹ I og for seg kan bruken av standardvilkår også gi samme effekt, men disse er vanligvis ikke individuelt forhandlet.

¹⁰² Woxholth 1995 s. 2.

seg. I de etterfølgende avtalene vil jo vilkårene i større eller mindre grad være forankret i nettopp rammeavtalen.

Dermed er en utenfor virkeområdet til § 3-8 også for selve rammeavtalens vedkommende.

Hvorvidt de etterfølgende avtalene må følge prosedyrene i bestemmelsen må avgjøres konkret, dog slik at det her ofte reiser seg spørsmål om sammenslåing av avtalene, som jeg behandler under neste punkt.

2.3 Hva er én avtale, og hva er flere?

2.3.1 Problemstilling og utgangspunkt

Når man skal undersøke hvilke forpliktelser partene har påtatt seg i et avtaleforhold, «må man (...) ta utgangspunkt i det foreliggende kontraktsmaterialet».¹⁰³ Summen av de forpliktelser som er stiftet direkte mellom partene, ofte i et skriftlig kontraktsdokument, og utfyllingen gjennom bakgrunnsretten vil utgjøre partenes samlede forpliktelser. Det er denne totalen som vil utgjøre «avtale[n]» i § 3-8 (1), og som vil være objektet for vurderingen av om generalforsamlingsgodkjennelse er nødvendig.

Ofte går imidlertid selskaper inn i mer komplekse og sammensatte transaksjoner der det blir utarbeidet flere kontraktsdokumenter, ofte på ulike tidspunkt i prosessen. De ulike dokumentene utgjør da fragmenter av den totale transaksjonen. Men også i mindre transaksjoner inngås det avtaler som i større eller mindre grad henger sammen, for eksempel leveranseavtaler til dagligvareforretningen ut fra rammeavtalen.

Årsaken til at prosjekter og samarbeid blir regulert slik er ikke nødvendigvis et ønske om å unngå å måtte følge prosedyrene i § 3-8, ofte er det begrunnet i pragmatiske og forretningsmessige hensyn. For eksempel vil det være nærmest umulig å samle alt i ett kontraktsdokument ved større byggeprosjekter.

Problemkomplekset som her skal beskrives og vurderes, er når og på hvilket grunnlag man kan identifisere flere kontraktsdokumenter i relasjon til § 3-8. Rettsvirkningen av en eventuell identifikasjon¹⁰⁴ vil være at man ser på rettsforholdet som helhet når man vurderer om generalforsamlingsbehandling etter § 3-8 er nødvendig eller ikke. Med andre ord går spørsmålet ut på å identifisere avtalens kvantitative rekkevidde.

¹⁰³ Haaskjold s. 15.

¹⁰⁴ Begrepene «gjennomskjæring» og «identifikasjon» vil brukes om hverandre som en betegnelse på denne prosessen.

Spørsmålet har interesse der minst én eller flere av kontraktsdokumentene i transaksjonskomplekset isolert sett ikke må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8. Spørsmålet har derimot kun teoretisk interesse der samtlige av kontraktsdokumentene etter § 3-8 isolert sett krever behandling på generalforsamlingen.

En annen presisering er at dette identifikasjonsspørsmålet ikke refererer seg til identifikasjon mellom flere ulike avtaleparter. Det fokuseres her på avtalens materielle innhold, og ikke det personelle. Dette må man i så fall vurdere ut fra § 3-8 (4), som jeg skal komme tilbake til senere.

Samtidig kan man ikke utelukke at to kontraktsdokumenter med to ulike personer materielt sett må ses under ett. Det oppstår da spørsmål om man ved vurderingen av det personelle kravet skal betrakte dette som en trepartsavtale eller medkontrahentskravet må være tilfredsstilt for begge kontraktsdokumentenes vedkommende. Behandlingen av dette spørsmålet vil komme under pkt. 6.4.2.

Det må også fremheves at dette spørsmålet vedrører hva som skal *godkjennes* på generalforsamlingen, samt å følge prosedyrene i bestemmelsen for øvrig. Det skal likevel ikke utelukkes at ulike kontraktsdokumenter og avtaler som ikke må godkjennes på generalforsamlingen, likevel må *presenteres* på generalforsamlingen for at generalforsamlingen skal ha et forsvarlig vurderingsgrunnlag for de avtaler som skal godkjennes. Dette er likevel ikke temaet her.

Utgangspunktet for identifikasjonsspørsmålet her må være at man ikke kan la avtalepartene selv diktere hvorvidt en gyldighetsregel skal komme til anvendelse eller ikke. En slik rettstilstand ville ha vært ubegrunnet. Dessuten ville den innebære et altfor stort innhugg i bestemmelsens effektivitet. Det må derfor foreligge noen former for grunnlag for gjennomskjæring, slik at man undertiden kan se de ulike kontraktsdokumentene som én «avtale» etter § 3-8 (1).

I det følgende skal jeg først presentere to relativt etablerte grunnlag for gjennomskjæring. Deretter skal jeg gå inn på hvorfor en ren tolking av avtalebegrepet er det beste grunnlaget for å kunne møte de utfordringene vi her står overfor.

2.3.2 Proforma og alminnelige omgåelsesbetraktninger

Et første grunnlag man har for å se på realitetene i rettsforholdet heller enn formalitetene, er den ulovfestede proformaregelen. Proforma er kanskje den klareste formen for omgåelse, men begrepet refererer til en noe annen situasjon enn de alminnelige omgåelsestilfellene. Ved omgåelse er de korrekte fakta presentert for

omverdenen, mens det ved proforma blir presentert forhold utad som avviker fra det som reelt gjelder mellom partene.¹⁰⁵

Distinksjonen kan best belyses ved anvendelsen av terskelverdiene i § 3-8. Dersom partene har spaltet opp transaksjonen i flere kontraktsdokumenter for at hvert av disse formelt sett ulike avtalene skal komme inn under grensen på kroner 50 000, vil dette være et omgåelsestilfelle. Hvis partene derimot er enige om selskapet skal betale kroner 100 000, og ikke kroner 20 000 som det står i dokumentet, står man overfor et proformatilfelle.

Verken lovtekst eller forarbeider inneholder noen direkte henvisning til proformareglene. Det er likevel all grunn til å anta at man her kan benytte det ulovfestede prinsippet om proforma også her, fordi det er en ulovfestet regel som benyttes ellers i obligasjonsretten. Dette innebærer at de «simulerte transaksjoner [skal ikke] bli tillagt rettslig virkning».¹⁰⁶

Likevel omfatter proformaregelen kun ganske grove og alvorlige overtredelser, illustrert gjennom at man i slike tilfeller fort er innenfor den objektive gjerningsbeskrivelsen for utroskap etter strl.¹⁰⁷ § 275. Proforma reiser også en del bevismessige problemer.¹⁰⁸ Regelen kan derfor i svært liten grad sikre at § 3-8 gir et effektivt vern av de interessene som har begrunnet bestemmelsen.

Samtidig gis det i forarbeidene visse uttalelser om gjennomskjæring. Det heter der at dersom det «i stedet for én overdragelse foretas en serie mindre overdragelser uten generalforsamlingens godkjenning, må det være åpenbart at slike transaksjoner etter omstendighetene kan rammes av alminnelige omgåelsesbetraktninger».¹⁰⁹ Dermed fremhever altså forarbeidene et grunnlag for identifikasjon mellom flere kontraktsdokumenter.

Selv om man her har en forankring i forarbeidene, reiser formuleringen «alminnelige omgåelsesbetraktninger» en hel del spørsmål. Lovgiver kan nok på dette punktet kritiseres for å ikke forsøke å utdype dette nærmere.

Rent språklig mener jeg at «alminnelige omgåelsesbetraktninger» bærer bud om to krav. For det første må det foreligge en tett sammenheng mellom avtalene. Her ser man altså

¹⁰⁵ Banoun s. 16 og Zimmer s. 55 flg.

¹⁰⁶ Banoun s. 16.

¹⁰⁷ Lov 22. mai 1902 nr. 10.

¹⁰⁸ Truyen s. 320.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

på om avtalene rent objektivt sett har en slik indre sammenheng som tilsier at man skjærer gjennom formalitetene.

For det andre mener jeg at formuleringen «alminnelige omgåelsesbetraktninger» trekker i retning av at partene må ha hatt til hensikt å omgå § 3-8 for at man skal se avtalene under ett. Man vil ikke si at noen har omgått en regel med mindre vedkommende har *ment* å omgå den. Selv om det ikke uttales eksplisitt i forarbeidsuttalelsen, synes lovgiver å bygge på en forutsetning om at transaksjonsstrukturen må ha vært motivert av et ønske om å unngå behandling etter § 3-8.

Hvis det foreligger et slikt subjektivt vilkår, vil det fungere som en form for begrensning av rekkevidden til omgåelsesbetraktningene. Det er klart at man sjelden vil ha til hensikt å omgå § 3-8 dersom det ikke foreligger en tett sammenheng mellom avtalene. Man vil i større grad oppleve at det skjer en slik oppdeling uten at partene har hatt omgåelseshensikt. Dermed vil svaret på spørsmålet om det foreligger et slikt subjektivt krav, som jeg nå skal drøfte, i stor grad påvirke hvor effektivt dette gjennomskjæringsgrunnlaget fungerer.

Problemstillingen er berørt i både Bråthen 2007 og Berge og Gåseide Røsås sine fremstillinger, men ingen av tar dette spørsmålet opp til uttrykkelig drøftelse.

Bråthen er innom disse omgåelsesbetraktningene to steder i sin artikkel fra 2007.¹¹⁰ Han går som sagt ikke inn på en diskusjon om hva som er gjeldende rett på dette punktet, og er nokså uklar. På ett punkt viser han til de alminnelige omgåelsesbetraktningene og den ovenfor siterte forarbeidsuttalelsen. Han gir der uttrykk for at der det dreier «seg om flere transaksjoner med innbyrdes sammenheng, men hvor den eneste begrunnelsen ligger i ønsket om å unngå saksbehandlingsregelen i aksjelovenes § 3-8, kan transaksjonene vurderes som én».¹¹¹ Her ser Bråthen ut til å mene at det gjelder både et objektivt og et subjektivt krav i alminnelige omgåelsesbetraktninger.

Det kan spørres om han ikke krever litt vel mye av hvor fremtredende omgåelseshensikten er, jfr. at «den eneste begrunnelsen» er at man søker å omgå § 3-8. Han begrunner ikke dette nærmere, og jeg kan ikke se at rettskildene gir grunnlag for å kreve at hensikten være så dominerende som formuleringen til Bråthen krever.

Samtidig skriver han et annet sted at man ved «sammensatte forhold» må vurdere om avtalene er «integrert på en slik måte at det er naturlig å se dem under ett».¹¹² Formuleringen tyder nok på at det avgjørende skal være om avtalene objektivt sett har

¹¹⁰ Bråthen 2007 s. 73 og 76.

¹¹¹ *Ibid* s. 76.

¹¹² *Ibid* s. 73.

en tilstrekkelig indre sammenheng, altså uten en vurdering av de subjektive forholdene hos partene.

Bråthen viser her ikke til noen omgåelsesbetraktninger eller den ovenfor siterte forarbeidsuttalelsen. Det fremstår for meg som noe uklart om Bråthen her sikter til omgåelsesbetraktninger eller ikke. Dersom han her åpner for gjennomskjæring basert på en tolking av avtalebegrepet, som jeg kommer til nedenfor, er det uvisst hvorfor han ikke bruker det samme grunnlaget også på side 76. Som tidligere nevnt begrenser omgåelsesbetraktningenes hensiktskrav rekkevidden til omgåelsesbetraktningene.

Berge og Gåseide Røsås er i sin fremstilling langt klarere enn Bråthen angående det subjektive elementet. Etter å ha henvist til forarbeidsuttalelsen, skriver de at «[a]ntakelig ligger det ikke noe mer i omgåelsesregelen enn (...) at dersom hovedformålet med oppdelingen [av transaksjonen] er å omgå § 3-8, så må de to avtalene i relasjon til bestemmelsen anses som én avtale».¹¹³

Oppsummert kan man derfor si at teorien støtter min innledende slutning fra forarbeidsuttalelsen om at det ligger både et objektivt og et subjektivt krav i «alminnelige omgåelsesbetraktninger».

Etter min mening blir likevel ikke en slik rettsstilstand helt tilfredsstillende, siden kreditorene og aksjonærenes informasjonsbehov ikke varierer alt etter hvilke tanker avtalepartene hadde om § 3-8. Videre er det ikke på noen måte gitt at partene i en misbrukssituasjon reflekterer i særlig grad over § 3-8. Slik jeg ser det svekker et subjektivt krav effektiviteten til bestemmelsen i meget stor grad. Vektige reelle hensyn vil tale mot et slikt hensiktskrav.

For å imøtekomme disse problemene kunne man i og for seg, med grunnlag i disse reelle hensynene, ha hevdet at gjennomskjæring ut fra omgåelsesbetraktninger ikke er betinget av omgåelseshensikt. Problemet med dette er at man da beveger seg for langt bort fra hva begrepet rent språklig antyder, slik at man fortrinnsvis bør ta utgangspunkt i en tolking av avtalebegrepet i § 3-8 (1).

2.3.3 Gjennomskjæring ut fra en tolking av avtalebegrepet er den beste løsningen

Hvorvidt man kan identifisere kontraktsdokumentene med hverandre gjennom en ren tolking av bestemmelsen, er ikke blitt diskutert i teorien eller forarbeidene til § 3-8. Etter mitt skjønn foreligger det likevel en slik mulighet, og at tolkingen tilbyr en langt bedre løsning enn det som følger av alminnelige omgåelsesbetraktninger.

¹¹³ Berge og Gåseide Røsås s. 30.

Årsaken til at verken teorien eller forarbeidene drøfter dette kan være at det riktige spørsmålet ikke er stilt. Dersom man spør om det er grunnlag for å identifisere flere kontraktsdokumenter med hverandre slik at de anses som én avtale, ligger ikke svaret i dagen. Dette kan ha medført at man unødig har søkt etter løsninger andre steder enn i loven.

Klarere blir det dersom de to tolkingsalternativene presenteres: Enten skal man legge avgjørende vekt på hvordan partene selv har strukturert samarbeidet sitt, altså en formell tilnærmingsmåte. Alternativt skal rettsanvenderen selv vurdere hva som reelt sett utgjør én eller flere avtaler. Det første spørsmålet som må stilles er om ordlyden sier noe om dette spørsmålet. Formuleringen «avtale» sier i seg selv intet om hvilket tolkingsalternativ man skal velge, og både den formelle og den reelle tilnærmingsmåten vil ligge innenfor ordlyden isolert sett. Selv om forarbeidene viser til de alminnelige omgåelsesbetraktningene uttrykkelig,¹¹⁴ kan ikke disse uttalelsene tolkes slik at de stenger for gjennomskjæring basert på lovtolking.

Når forarbeidene og teorien utelukkende vurderer gjennomskjæringsspørsmålet ut fra alminnelige omgåelsesbetraktninger, altså prinsipper og tanker forankret utenfor § 3-8, forutsettes det dermed at bestemmelsen isolert sett gir anvisning på en formell tilnærmingsmåte. Jeg tror likevel ikke at det er blitt tatt et bevisst standpunkt om dette.

Siden de to tolkingsalternativene er uforenlige, må vi tolke bestemmelsen presiserende på dette punktet. Hensynet til at bestemmelsen skal kunne effektivt verne om de interessene den er satt til å verne, taler med tyngde for at det er rettsanvenderen som skal vurdere avtalens kvantitative rekkevidde, og ikke partene selv.

En umiddelbar innvending er at man allerede har de alminnelige omgåelsesbetraktningene som også verner om bestemmelsens effektivitet, og som er blitt utdypet i forarbeidene og teorien. Mot dette kan det for det første fremheves at gjennomskjæring her vil ta utgangspunkt i loven, som vil «være å foretrekke fremfor uskrevne prinsipper og gjennomskjæringssynspunkter».¹¹⁵

I tillegg har Truyen gitt uttrykk for at når en gjennomskjæring basert på omgåelsesbetraktninger uansett vil forutsette en konkret interesseavveining, bør man heller forankre identifikasjonssynspunktene i reglenes funksjon enn «unntaksbaserte rettsgrunnlag som omgåelse og gjennomskjæring».¹¹⁶ Dette fordi man da får en

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

¹¹⁵ Truyen s. 321.

¹¹⁶ *Ibid.*

rettsanvendelse med et mer objektivt preg; omgåelsesbetraktninger vil gjerne i større grad romme subjektive forhold.

Videre medfører etter mitt skjønn hensiktskravet i omgåelsesbetraktningene at bestemmelsens formål ikke i tilstrekkelig grad blir ivaretatt gjennom denne regelen. Formålet er som nevnt å sikre åpenhet rundt avtaler som på grunn av nærheten mellom selskapet og medkontrahenten innebærer en risiko for at selskapsinteressene blir satt til side på grunn av personlige særinteresser.¹¹⁷ Dette behovet er tilstedeværende uavhengig av om avtalepartene har hatt til hensikt å omgå § 3-8 eller ikke da de valgte transaksjonsstrukturen.

For å belyse poenget kan man bruke det samme eksempelet som Berge og Gåseide Røsås trekker frem.¹¹⁸ Der viser de til et tenkt tilfelle der selskapet kjøper 10 datamaskiner fra en aksjeeier, og at det senere på året kjøper ytterligere 10 stykker. Forutsetningen i eksempelet deres er tydelig at det ikke foreligger noen omgåelseshensikt blant avtalepartene, og det er altså derfor forfatterne mener at § 3-8-behandling ikke er nødvendig selv om avtalene samlet sett ville ha påkrevd generalforsamlingsbeslutning.

Problemet med denne løsningen er at dersom avtalene totalt sett fremstår som ekstraordinære, og det er en tilstrekkelig nær objektiv sammenheng mellom dem, vil jo ikke kreditorenes og de øvrige aksjeeiernes behov for vern variere alt etter årsaken til oppdelingen. Resultatet er det samme, nemlig risiko for at selskapsinteressen er satt til side. Slik risiko kan foreligge uavhengig av om partene i datakjøpsavtalen har hatt noen klare tanker om omgåelse av § 3-8. Og dersom avtaler med tett sammenheng som helhet ikke kommer under radaren til § 3-8, kan jeg ikke se tungtveiende grunner for at det ikke skal kreves generalforsamlingsbeslutning.

Et annet element er at et krav om omgåelseshensikt vil skape et ubegrunnet og vesentlig skille mellom hvordan man behandler avtaler med løpende ytelser og tilfeller der det inngås flere ulike avtaler på løpende basis. For eksempel vil realitetene i en rammeavtale med kjøpsforpliktelser være helt lik en avtale med løpende ytelser. Dersom det oppstilles et krav om omgåelseshensikt, vil man vanligvis ikke kunne se avropene under ett. En avtale der partene forpliktes til løpende ytelser vil på den annen side være én «avtale» etter § 3-8 (1).

Endelig vil også Rt. 2000 s. 1792 (Montel) og Rt. 1997 s. 840 (Merita Bank) tale for en slik løsning, siden Høyesterett i disse sakene viser at formåls- og realøkonomiske

¹¹⁷ Bråthen 2007 s. 66 og pkt. 1.4.1 i denne oppgaven.

¹¹⁸ Berge og Gåseide Røsås s. 30.

betraktninger kan begrunne en utvidende tolking av vilkår i andre bestemmelser i aksjeloven som man vanligvis møter med en formalistisk tilnærming. Når man i vårt tolkingsspørsmål allerede er innenfor ordlyden, må disse argumentene få enda større gjennomslagskraft. En nærmere gjennomgang av sakene kommer nedenfor.

Således mener jeg at identifikasjon mellom flere kontraktsdokumenter kan foretas med grunnlag i en tolking av «avtale» i § 3-8.

Som jeg har indikert tidligere, må rettsanvenderen vurdere realitetene i transaksjonen; foreligger det i den konkrete saken reelt sett én eller flere avtaler? Det avgjørende må her være at det er en tilstrekkelig nær objektiv sammenheng mellom avtalene, det er først da man har noe som reelt sett utgjør én avtale etter § 3-8 (1). I seg selv gir likevel ikke vurderingstemaet gode holdepunkter for den vurderingen som må foretas. Spørsmålet er her om dette kan utdypes for å gi klarere føringer for gjennomskjæringsspørsmålet.

Ut fra rettspraksis som vedrører andre rettsspørsmål enn det vi her står overfor, men hvis argumentasjonsmønster har overføringsverdi, må en vurdere gjennomskjæring særlig ut fra formåls- og realøkonomiske betraktninger.

Det første aspektet kan utledes fra Høyesteretts kjennelse i Rt. 2000 s. 1792 (Montel). I saken hadde saksøker begjært granskning etter aksjeloven § 5-25 (2), der det heter at det kun er en «aksjeeier» som kan fremme en slik begjæring. Saksøkeren var aksjeeier da saken ble behandlet på generalforsamlingen etter § 5-25 (1), men fordi aksjekapitalen var nullet hadde hun ingen aksjer da granskningskravet ble fremsatt overfor skifteretten etter § 5-25 (2).

Flertallet i Høyesterett kom til at hun kunne kreve granskning, selv om ordlyden talte mot en slik løsning. Det viktigste argumentet for at saksøkeren etter flertallets syn fortsatt var «aksjeeier» etter bestemmelsen, var likevel at «at ordet aksjeeigar må tolkast slik at det gir eit effektivt vern for mindretalsaksjeeigarar».

Truyen bruker denne kjennelsen for å underbygge en utvidende tolking av «erverv av aksje» i § 4-15 (2) om samtykkekrav ved erverv av aksjer.¹¹⁹ At man underlegger lovbestemmelser en formålsorientert tolking er ikke oppsiktsvekkende i seg selv. Både dommen og artikkelen til Truyen underbygger imidlertid at slike betraktninger vil være meget tungtveiende ved vårt gjennomskjæringsspørsmål.

¹¹⁹ Truyen s. 321-322.

Således må man altså legge særlig vekt på at § 3-8 effektivt skal tilby åpenhet omkring ekstraordinære avtaler til kreditorene og aksjeeierne, når en skal vurdere å identifisere flere kontraktsdokumenter med hverandre.

At en også må se særlig hen til den økonomiske realiteten i samarbeidet, kan man finne støtte for i Rt. 1997 s. 840 (Merita Bank). Selv om det var Merita Bank som opptok lånet med tredjemann, ble disse midlene videre lånt ut til datterselskapet, som skulle kjøpe lokaler for sin egen virksomhet. Datterselskapet hadde overfor tredjemann stilt sikkerhet for lånet til morselskapet, og spørsmålet var om datterselskapet hadde stilt sikkerhet som gikk utover begrensningene i asl. 1976 § 12-10, som stort sett tilsvarer dagens § 8-7.

Dersom Høyesterett hadde sett på formalitetene i saken, hadde spørsmålet om ulovlig sikkerhetsstillelse reist seg. Retten mente imidlertid at sikkerheten falt utenfor § 12-10, og begrunnet dette med at man «i realiteten [stod] overfor en sikkerhetsstillelse som [datterselskapet] gjorde for eget lån». Retten fravek dermed selskapenes egne rubriseringer av avtalene, og ga samtidig uttrykk for at standpunktet ikke innebar noen innskrenkende tolking av loven.

Årsakene til denne formen for gjennomskjæring er mange. Oppsummert kan man si at Høyesterett her baserer «argumentasjonen på realøkonomiske betraktninger».¹²⁰ Det foretas «en vurdering av hva som var den samlede transaksjonens realitet».¹²¹ Og den økonomiske realiteten var her at datterselskapet stilte sikkerhet for sitt eget lån.

Dommen er av mer generell interesse i aksjeselskapsretten fordi den viser at realøkonomiske argumenter vil kunne ha stor vekt. Truyen bruker også denne dommen aktivt for å begrunne en utvidende tolking av samtykkekravene, og fremhever at dommen gir grunnlag for at man «i aksjeselskapsretten kan argumentere ut fra realøkonomiske betraktninger».¹²² Hvis rettsanvenderen også ser hen til realøkonomiske betraktninger, vil det gi et klarere bilde av hva han skal fokusere på når han får spørsmålet om gjennomskjæring på bordet.

Oppsummert vil gjennomskjæring basert på en tolking av «avtale» bero på om de formelt sett ulike avtalene har en tilstrekkelig nær objektiv sammenheng. Denne vurderingen vil være utpreget formåls- og funksjonsorientert.

¹²⁰ Truyen s. 322.

¹²¹ *Ibid* s. 322.

¹²² *Ibid* s. 322-323.

2.3.4 Når foreligger det en tilstrekkelig nær sammenheng mellom avtalene?

Hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig nær sammenheng mellom avtalen vil bero på en totalvurdering av situasjonen. Det er få skrevne rettskilder som omtaler spørsmålet. Mine standpunkter vil derfor i stor grad basere seg på reelle hensyn, og da spesielt formåls- og funksjonsorienterte betraktninger. I og med at denne vurderingen er utpreget konkret og typetilfellene er mange, er det vanskelig å oppstille generelle utgangspunkter. Enkelte holdepunkter kan likevel presenteres, hvilket jeg vil gjøre her.

Etter min mening må det vanligvis være en forutsetning for å foreta gjennomskjæring at samtlige av kontraktsdokumentene som er objektet for vurderingen, må involvere en ytelse fra selskapet. La oss si at selskapet og en aksjeeier skal opprette et joint venture.¹²³ Man vil da typisk inngå en investeringsavtale som regulerer hvilke ytelser partene skal foreta. I tillegg vil man inngå en aksjonæravtale, som regulerer «utøvelsen av aksjonærrettigheter i selskapet».¹²⁴

Selskapet vil etter investeringsavtalen forplikte seg til en «ytelse», som § 3-8 forutsetter. Aksjonæravtalen vil imidlertid som regel ikke inneholde noen ytelsesforpliktelser for selskapet – den regulerer kun utøvelse av rettigheter i det nye selskapet – slik at den ikke kan være noe gjennomskjæringsobjekt.¹²⁵ Begrunnelsen for at man slår sammen avtaler ligger i at § 3-8 skal være effektiv, og en slik aksjonæravtale med en aksjeeier vil i seg selv normalt ikke utgjøre noen trussel for aksjeeierne og kreditorene.

Det motsatte må nok gjelde der kontraktsdokumentet isolert sett inneholder en ytelse fra selskapet, men som ikke stifter noen forpliktelser for aksjeeieren. Et eksempel her er om aksjeeieren kjøper selskapets firmabil, og en uke senere får vinterdekksettet som gave. Selv om gavedisposisjonen isolert sett er en ensidig forpliktende disposisjon som faller utenfor § 3-8, vil oppspaltingen ha liten økonomisk realitet. En må derfor betrakte de to disposisjonene som én «avtale» etter § 3-8 (1).

Det følger av § 3-8 (1) nr. 1 til 3 at enkelte typer avtaler aldri vil måtte følge prosedyrene i § 3-8. Lovgiver har her gitt uttrykk for at konkrete avtaletyper ikke reiser et behov for åpenhet som kan begrunne krav om generalforsamlingsgodkjennelse. Her vil ikke hensynet til en effektiv realisering av formålet bak § 3-8 gjøre seg gjeldende, selv om de eventuelt skulle ha en nær sammenheng med andre kontraktsdokumenter.

¹²³ Eksempel hentet fra Sigurdsen s. 121.

¹²⁴ Woxholth 2010 s. 99.

¹²⁵ Dette støttes antakeligvis av Sigurdsen s. 121.

Et utgangspunkt er at avtaler som «klart avhenger av hverandre» vil kunne slås sammen.¹²⁶ Dette kan begrunnes spesielt i realøkonomiske betraktninger. En må da foreta en vurdering av om avtalen er avhengig av andre avtaler, eller om den kan stå på egne ben. Hvis avtalens innhold ikke gir mening uten at man ser den i sammenheng med andre avtaler, er man i kjernen av tilfeller der gjennomskjæring skal foretas.

Det må også vurderes om avtalene henger naturlig sammen, selv om avtalen isolert sett kan stå på egne ben. Et eksempel som Sigurdsen trekker frem, er «om selskapet kjøper hovedaksjonærens hytte og tilhørende båtplass hver for seg».¹²⁷ Disse avtalene vil som et klart utgangspunkt ha en såpass nær sammenheng at de må ses under ett i relasjon til § 3-8.

Hvor lang tid det er gått mellom de ulike kontraktsinngåelsene, må være et sentralt moment. Av hensyn til forutberegneligheten for næringslivet kan ikke gjennomskjæringssynspunktet strekkes for langt tidsmessig. Det er likevel ikke mulig, eller ønskelig, å angi noen absolutte frister eller lignende. Til det er typetilfellene for mange.

Videre bør det ses hen til hvor høy frekvens det er på kontraktsinngåelsene. Hvis det inngås fem kontrakter hver måned i ett år, vil gjennomskjæringssynspunktene rekke lengre enn dersom det kun foreligger én kontrakt i halvåret. I det førstnevnte tilfellet får samarbeidet et lettere preg av å være reelt sett én avtale.

Som i skatteretten vil det også ha betydning om partene har ment å omgå § 3-8. I slike tilfeller kan partene klandres for sin hensikt, og står ikke i en like verneverdig posisjon som der de ikke har et slikt formål med oppdelingen av avtalene. Hensynene mot bestemmelsen, forutberegnelighet og selskapets ressursbruk, gjør seg her ikke like sterkt gjeldende som ellers. Det er vanskelig å angi akkurat hvor stor vekt et slikt moment skal ha, i og med at vurderingstemaet inviterer til en objektiv vurdering av kontraktens nærhet. En kan i alle fall anta at en slik hensikt vil kunne medføre at man aksepterer identifikasjon over en lengre tidsperiode enn ellers.

Videre vil en nok være mer tilbøyelig til å se avtalene i sammenheng dersom de springer ut av samme rammeavtale, samarbeidsavtale eller lignende. Her har avtalene i utgangspunktet en nokså klar tilknytning til hverandre gjennom de overordnede avtalene.

¹²⁶ Sigurdsen s. 121.

¹²⁷ *Ibid.*

Berge og Gåseide Røsås mener at selv om «det skjer flere kjøp under én rammeavtale, er [dette] i seg selv ikke nok til at de to avtalene skal vurderes under ett i relasjon til § 3-8».¹²⁸ Det er usikkert om forfatterne begrunner dette i at det avgjørende er hvorvidt hovedformålet med oppspaltingen er omgåelse av § 3-8.

Som utgangspunkt mener også jeg at det ved denne objektive vurderingen ikke i seg selv er tilstrekkelig at avtalene springer ut av samme rammeavtale. Rammeavtaler kan være langvarige, og hensynet til at § 3-8 skal fungere effektivt kan ikke strekkes for langt. Det kan for eksempel være at avtalene i tid ligger for langt fra hverandre til at de utgjør en naturlig enhet.

Etter min mening må man også her foreta en konkret vurdering, men en rammeavtale gjør at det i utgangspunktet foreligger en ganske nær sammenheng mellom avropene. En variabel her er om rammeavtalen har en åpen regulering av samarbeidet, eller om samarbeidet i rammeavtalen er gjennomregulert. Vanligvis vil man imidlertid kunne presumere gjennomskjæring der det er flere avtaler som springer ut av samme rammeavtale. Dersom rammeavtalen forplikter parten(e) til å foreta et visst antall avrop innenfor et gitt tidsrom, må denne formodningen være nokså sterk.

I en vurdering av gjennomskjæring ved rammeavtaler må rettsanvenderen vurdere særlig om avropene kommer med en slik frekvens og tidsmessig nærhet at man må se alle avtaleinngåelsene under ett når han skal vurdere om prosedyrene i § 3-8 må gjennomføres eller ikke. Dersom det kommer et avrop hver uke i løpet av et halvår, må en nok som regel holde transaksjonene samlet opp mot § 3-8.

2.3.5 Særlig om endringsavtaler

Undertiden kan det være partene er enige om at en tidligere inngått avtale av ulike årsaker skal endres. Dette er en ny avtale som reiser særlige problemer ved anvendelsen av § 3-8. Temaet er bare delvis blitt behandlet tidligere, og vurderingen må derfor i en viss grad basere seg på reelle hensyn.

Det har i seg selv ikke så stor praktisk betydning hvorvidt man ser på innholdet i endringsavtalen som kun det som faktisk endres, eller summen av det som endres og de forpliktelsene som består uendret fra den tidligere avtalen. I førstnevnte tilfelle må man uansett, basert på gjennomskjæringsbetraktningene presentert tidligere, se avtalene i sammenheng.

¹²⁸ Berge og Gåseide Røsås s. 30.

Bråthen er inne på denne problemstillingen, men sentrerer vurderingen rundt hvorvidt det faktisk foreligger «en ny avtale eller en endringsavtale».¹²⁹ Jeg skal ikke gå nærmere inn på denne grensdragningen. Bråthen ser ut til å gi uttrykk for at endringsavtalen må følge prosedyrene i § 3-8 dersom endringen fører avtalen innenfor vilkårene i bestemmelsen, men drøfter ikke tilfeller der den opprinnelige avtalen allerede har blitt godkjent etter § 3-8.

Etter min mening må en skille mellom de tilfeller der den opprinnelige avtalen *ikke* ble behandlet på generalforsamlingen etter § 3-8, og der prosedyrene er blitt fulgt for den opprinnelige avtalens vedkommende.

Der den opprinnelige avtalen *ikke* ble behandlet etter prosedyrene i § 3-8, må man vurdere om den i lys av endringene som avtales vil medføre at den tilfredsstiller vilkårene i § 3-8. Dersom man inngår «en avtale med en verdi på ni prosent av aksjekapitalen, og man senere utvider avtalen slik at verdien blir elleve prosent, er det sannsynlig at man må til generalforsamlingen».¹³⁰ Det kan også være at avtalen går fra å være unntatt prosedyrekravene med grunnlag i § 3-8 (1) nr. 4, men at endringen gjør at den ikke lenger inneholder «vilkår som er vanlige for slike avtaler».

Mer problematisk er det å avgjøre hvorvidt styret må involvere generalforsamlingen etter § 3-8 der avtalen tidligere er blitt godkjent på generalforsamlingen. Spørsmålet er da om enhver endring skal medføre at § 3-8 må følges på nytt.

Dette kan i alle fall svares benektende der endringen består i noe som ikke er relevant for vilkårene i § 3-8. Et eksempel er endring av oppfyllestidspunkter, selvsagt med mindre dette gjør at avtalen totalt sett fremstår som ekstraordinær eller lignende. Da vil ikke hensynene bak § 3-8 gjøre seg gjeldende; de er i tilstrekkelig grad blitt ivaretatt gjennom saksbehandlingen av den opprinnelige avtalen.

Etter min mening må ikke enhver endring som er relevant for vilkårene i § 3-8 utløse prosedyrekravene i bestemmelsen. Generalforsamlingen har allerede tatt stilling til avtalen og redegjørelsen er registrert. Selv om endringen ikke ligger innenfor generalforsamlingsbeslutningen eller redegjørelsen, vil visse justeringer ligge innenfor rammene av som kan forutses. Hensynet til åpenhet kan ikke strekkes så langt at enhver endring innebærer en ny omgang med generalforsamlingsgodkjennelse, og hensynet til effektiv ressursbruk taler for at en bør operere med en form for terskel.

¹²⁹ Bråthen 2007 s. 77.

¹³⁰ Sigurdson s. 121.

Det er vanskelig å oppstille en mer presis terskel for dette enn at alle ikke ubetydelige endringer må innebære at § 3-8 kommer til anvendelse. Det er først da grenseinntekten (åpenhet) overstiger grensekostnadene (ressursbruk), om en skal bruke en analogi til økonomifaget. Referansepunktet for vurderingen må selvsagt være den opprinnelige avtalen; det er ut fra denne man setter terskelen for hva som er ubetydelig eller ikke, og hva generalforsamlingen og kreditorene kan forvente seg av endringer.

Dette innebærer for eksempel at hvorvidt en økning av selskapets ytelse på 50 000 kroner innebærer at § 3-8 utløses, må bero på verdien av selskapets ytelse etter den opprinnelige avtalen. Hvis selskapets ytelse i den opprinnelige avtalen er på 50 000 kroner, vil endringen klart ikke være ubetydelig. Dersom den opprinnelige avtalen statuerer at selskapet må yte et vederlag på 5 000 000 kroner, er det nok mer nærliggende å karakterisere endringen som ubetydelig. Det må likevel presiseres at det fortsatt er en konkret totalvurdering av betydningen av endringen som skal foretas.

Som en klar hovedregel vil en endringsavtale som innebærer at det trekkes inn ytterligere en aktør fra personkretsen ikke være ubetydelig, for eksempel der det blir trukket inn enda en aksjeeier i en avtale som selskapet tidligere har med en annen aksjeeier. Her vil man stå overfor en slik karakterendring av avtalen at generalforsamlingen i alle tilfeller må ha anledning til å vurdere den, i tillegg til at kreditorene bør informeres gjennom registreringen i Foretaksregisteret.

I tillegg bør det inngå i denne vurderingen i hvilken grad generalforsamlingen og kreditorene gjennom redegjørelsen har fått indikasjoner på at det kan skje endringer. Der det er blitt gitt klare signaler om dette, vil man kunne akseptere større endringer uten at en ny generalforsamling er påkrevd. Synspunktet kan imidlertid ikke strekkes for langt, en bør ikke oppmuntre aktørene til å unngå § 3-8 ved å gjennomgående ta endringsforbehold.

Et annet poeng her er at det som tidligere presentert kun er manglende behandling på generalforsamling som sanksjoneres med ugyldighet. En avtale kan dermed være gyldig etter § 3-8 selv om selskapet ikke har tilfredsstilt prosedyrekravene i (2). Der den opprinnelige avtalen ble godkjent på generalforsamlingen, men selskapet ikke har gjennomført prosedyrene i (2), kan det på grunn av hensynet til kreditorene hevdes at det skal mindre til før en endringsavtale utløser et nytt krav om behandling etter § 3-8. Dette selv om det ikke er gitt at selskapet i andre omgang følger redegjørelseskravene i (2).

Et spesielt typetilfelle under dette temaet er forliksavtaler som tar sikte på å avklare konflikter som springer ut av et opprinnelig avtaleforhold. I slike situasjoner vil det som

regel foreligge kompromisser fra begge parter for å få stelt i stand en minnelig løsning. Man står her vanligvis ikke overfor en misbrukssituasjon siden det tross alt foreligger en konflikt mellom selskapet og aksjeeieren. Siden hensynene bak § 3-8 dermed ikke gjør seg gjeldende med tilsvarende styrke som i normaltilfellene, kan det anføres at man kan akseptere noe større endringer i en forliksavtale enn ellers uten at avtalen må følge prosedyrene i § 3-8.

Således må endringsavtaler som fører avtalen totalt sett inn under vilkårene i § 3-8 følge prosedyrene i bestemmelsen, mens man må foreta en mer konkret vurdering der den opprinnelige avtalen allerede er godkjent på generalforsamlingen.

3 KORT OM DET PERSONELLE KRAVET

3.1 Generelt

I denne delen av oppgaven skal jeg kort ta for meg hvilke personelle krav § 3-8 stiller til selskapets medkontrahent i avtalen. Tidligere gjaldt bestemmelsen bare avtaler med aksjeeiere, men kretsen ble utvidet ved lov 15. desember 2006 nr. 88 til også å gjelde aksjeeiers morselskap, styremedlemmer og daglig leder.¹³¹ Begrunnelsen for utvidelsen var at bestemmelsen burde gjelde for «alle slags aktører i selskapet som er i en posisjon hvor de kan sette sine personlige interesser foran selskapets».¹³²

De ulike alternativene som § 3-8 ramser opp, må anses som uttømmende. For det første legger den konkrete oppramsingen i bestemmelsen til rette for en antitetisk tolking på dette punktet. Også det forhold at § 3-8 (4) åpner for en utvidelse av personkretsen i (1) basert på en konkret vurdering, tilsier at en utvidelse på annet grunnlag er problematisk. Dermed må § 3-8 tolkes antitetisk på dette punktet.¹³³

I § 3-8 (4) fremgår det at også andre personer som ikke er nevnt i (1), vil tilfredsstille det personelle kravet. For det første omfattes «en nærstående til en aksjeeier eller en nærstående til en aksjeeiers morselskap». Begrepet «nærstående» er i aksjeloven legaldefinert gjennom § 1-5. Bestemmelsen ramser opp flere alternativer, men det er nok (1) nr. 5 som er mest praktisk. I den grad person¹³⁴ A, eller en av person As nærstående etter (1) nr. 1 til 4, «har slik bestemmende innflytelse som nevnt i § 1-3»

¹³¹ § 3-8 (1).

¹³² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

¹³³ Slik også Giertsen 2009 s. 4 og 5 og Berge og Gåseide Røsås s. 49.

¹³⁴ Enten fysisk eller juridisk person.

over selskap B, vil person A være en av selskap Bs nærstående. Alternativet medfører at § 3-8 favner vidt i konserner, og kan omfatte store deler av større konsernstrukturer.

Undertiden rammes også selskapets avtaler med tredjemenn som ikke har en slik generell tilknytning til selskapet som de aktørene som hittil er nevnt har. I § 3-8 (4) har man et identifikasjonsalternativ som baserer seg på konkret kommunikasjon mellom tredjemenn og en person som er nevnt i (1). Alternativet gjelder der tredjemann «handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd». Formålet er «å fange opp avtaler som i det ytre fremstår som avtaler med uavhengige og utenforstående tredjeparter, men hvor den reelle interessen i avtalen ligger hos noen som omfattes av § 3-8».¹³⁵

Alternativet «handler etter avtale (...) med» noen i § 3-8 (1) omfatter de tilfeller der korrespondansen mellom tredjemann og en av aktørene i (1) er av en slik styrke at det er blitt inngått en avtale mellom disse om at tredjemann skal inngå en avtale med selskapet. Vilkåret krever imidlertid at avtalen «medfører at det er en av de [i første ledd] som har den økonomiske risikoen i transaksjonen og derfor er selskapets reelle motpart».¹³⁶ Dette omfatter i alle fall kommisjonsforhold og kommisjonslignende forhold.¹³⁷

I LA-2006-38534 (Nøtterøy Drivingrange AS) hadde det blitt inngått en leieavtale mellom Nøtterøy Drivingrange AS og Nøtterøy Golfbane AS. Selv om det, slik jeg leser premissene, ikke ble påvist noe avtaleforhold mellom tredjemann og en aksjeeier, kom lagmannsretten til at tredjemann «handle[t] etter avtale» med en aksjeeier. Jeg er enig med Hafstad i at «en riktig rettsanvendelse i den foreliggende saken skulle vært bygget på at Nøtterøy Drivingrange opptrådte 'i forståelse med' aksjeeierne».¹³⁸ Dommen blir ikke behandlet ytterligere her, og det vises til Hafstads fremstilling og vurderinger.

Presentasjonen av medkontrahentskravet i § 3-8 gjøres hovedsakelig for å skape en god ramme for vurderingen av selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse, som kommer under pkt. 6. I slike tilfeller har man ofte et trepartsforhold, og som reiser vanskelige spørsmål om selskapets direkte medkontrahent «opptrer i forståelse med» noen som er nevnt i første ledd. Her vil riktignok også alternativet «handler etter avtale» være relevant. Siden det er vilkåret «opptrer i forståelse med» som utgjør den nedre grensen for identifikasjon, er det likevel ikke nødvendig å gå nøye inn på hva som skal til for at slik avtale foreligger.

Derfor vil jeg nøye meg med den korte presentasjonen av de øvrige vilkårene jeg her har gitt, og kun behandle dette alternativet i det følgende.

¹³⁵ Berge og Gåseide Røsås s. 58.

¹³⁶ *Ibid* s. 59.

¹³⁷ *Ibid* s. 59.

¹³⁸ Hafstad s. 25.

3.2 Alternativet «opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd»

Selv om det ikke kan påvises noe avtaleforhold mellom tredjemann og noen som nevnt i (1), kan det være at selskapet må følge prosedyrene i § 3-8 dersom det inngår en avtale med noen som «opptrer i forståelse med noen som nevnt i første ledd».¹³⁹

Etter ordlyden må det i alle fall foreligge en korrespondanse mellom disse personene; de må ha snakket sammen. Rent språklig ser vilkåret ut til å være vidtrekkende. Etter sin ordlyd vil et uttrykk om ønske om avtaleinngåelse overfor aksjeeier, og som deretter inngår den aktuelle avtalen, kunne falle inn under bestemmelsen. I teorien er det også gitt uttrykk for at ordlyden ser ut å åpne for at det er tilstrekkelig at en person nevnt i (1) «har kunnskap om og har bifalt vedkommendes (forsøk på) avtaleinngåelse med selskapet».¹⁴⁰

En slik tolking vil medføre at «mer eller mindre samtlige avtaler selskaper inngår omfattes av § 3-8».¹⁴¹ Dette har sammenheng med at daglig leder og styremedlem som regel er de som inngår avtaler på vegne av selskapet. Og når disse inngår avtaler med selskapets medkontrahent, vil jo disse både ha kunnskap om avtalen og ha bifalt avtaleinngåelsen. I slike tilfeller er man utenfor formålet med identifikasjonsalternativet i (4), fordi den reelle interessen i avtalen *vanligvis ikke* ligger hos daglig leder eller styremedlemmet. Dette taler derfor for å tolke bestemmelsen noe snevrere enn det ordlyden isolert sett bærer bud om.

Forarbeidene til § 3-8 gir ikke gode holdepunkter for hvor terskelen ligger, og kan heller ikke sies å gi særlige svar på innholdet i vilkåret generelt.¹⁴² I forarbeidene tas det utgangspunkt i at vilkåret «ramme[r] åpenbare omgåelser av lovens krav, for eksempel der hvor aksjeeieren bruker stråmenn eller lignende». Hvis personene har hatt en slik korrespondanse seg imellom at det er etablert en ordning med stråmann, kan det spørres om dette alternativet i slike typetilfeller har noen funksjon ved siden av «handler etter avtale». Jeg har vansker med å se at det kan etableres en stråmannordning *uten* at dette innebærer at det foreligger en avtale mellom aksjeeieren og den formelle medkontrahent.

¹³⁹ § 3-8 (4).

¹⁴⁰ Berge og Gåseide Røsås s. 59.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Vilkåret er vurdert i Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45. Det uttales der, etter den mangelfulle presentasjonen av vilkåret, at «[e]r man i tvil om vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt, har man alltid den mulige utvei å følge de saksbehandlingsreglene som paragrafen gir anvisning på». Dette er etter min mening en uheldig lovgivningsteknikk. Vilkåret er formulert meget vidtrekkende, og en viss innsats i å forsøke å utbrodere innholdet bør av hensynet til ressursbruk i næringslivet forventes.

Presiseringen i forarbeidene har derfor liten verdi ved klarleggingen av dette alternativets innhold. Bestemmelsen er «imidlertid ikke begrenset til slike tilfeller», men det sies ikke noe om hvilke minstekrav man må stille for at vilkåret er tilfredsstillt.¹⁴³

Bedre grunnlag for vurderingen kan en imidlertid finne i forarbeidsuttalelser knyttet til asl. 1976 § 3-9, som gjaldt meldeplikt. Det fulgte av bestemmelsen at kjøperens egne aksjer ble likestilt med de aksjer som ble kjøpt av noen som «handler etter avtale med eller for øvrig opptre i forståelse med» førstnevnte. Dermed hadde man en tilsvarende ordlyd som § 3-8 (4), som gjør at dets forarbeider er relevant for tolkingen av § 3-8.¹⁴⁴

I forarbeidene til denne bestemmelsen ble det uttalt at det var «tilstrekkelig at det foreligger en forståelse mellom deltakerne om å opptre *som en felles blokk* i selskapet».¹⁴⁵ Dette kan tale for at en må legge terskelen noe høyere enn det ordlyden i § 3-8 (4) isolert sett skulle indikere; det må ligge et større preg av samarbeid til grunn. Dette legger føringer for hvilke krav vi må stille til korrespondansen og motivasjonen for tredjemanns avtaleinngåelse.

Således må det noe mer til før identifikasjon etter alternativet «opptre i forståelse med» kan foretas. Det avgjørende blir om aksjeeieren og selskapets medkontrahent har en felles forståelse om å opptre som en felles blokk overfor selskapet. Slik er vilkåret også forstått i teorien.¹⁴⁶

Dette innebærer at det er en forutsetning at tredjemann agerer i aksjeeierens interesser. Hvis han utelukkende handler i egne interesser, har man ingen grunn til å foreta noen identifikasjon; avtalen hadde blitt inngått uavhengig av aksjeeierens interesser i avtalen. Et unntak kan imidlertid være der aksjeeierens og medkontrahentens interesser er sammenfallende, slik at en i større grad må fokusere på korrespondansen enn motivasjonen for avtaleinngåelsen.

Sentrale momenter ved denne vurderingen vil være «om avtalen er initiert av vedkommende aksjonær, om aksjonæren drar fordel av den inngåtte avtale, og om bruken av vedkommende ikke-aksjonær fremstår som en proforma partskonstruksjon».¹⁴⁷

Samtidig kan det ikke være relevant å se hen til at aksjeeieren har en interesse i at avtalen inngås fordi avtalen er gunstig for selskapet, det er åpenbart at det ikke er

¹⁴³ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

¹⁴⁴ Slik også Bråthen 2007 s. 79.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 72 (1984-1985) s. 7, min kursivering.

¹⁴⁶ Bråthen 2007 s. 45, Berge og Gåseide Røsås s. 59.

¹⁴⁷ Abrahamsen og Aase s. 347.

formålet med bestemmelsen å ramme slike tilfeller. Den interessen aksjeeieren må ha i at avtalen inngås må ligge «utenfor selskapsinteressen og normalinteressene» hans.¹⁴⁸

Der man likevel er i tvil om vilkåret er tilfredsstilt, kan det være grunn til å trekke frem reelle hensyn som ikke direkte knytter seg til vilkåret, men til bestemmelsen som helhet. Det kan derfor være grunn til å hevde at desto «større konflikt med minoritetsaksjonærenes og/eller kreditorenes interesser avtalen representerer, jo mindre må til for å kunne konstatere at vedkommende avtalepart har opptrådt i forståelse med den/de aksjonærer som kan sies å ha dratt fordel av transaksjonen».¹⁴⁹

Et utgangspunkt for et praktisk typetilfelle kan også oppstilles. Det er nok vanlig at morselskaper involverer seg i datterselskapets drift, og at morselskapet tar initiativet til ulike avtaleinngåelser. Dette kan ikke i seg selv være tilstrekkelig, i alle fall som hovedregel, idet dette isolert sett ikke gjør at morselskapet og medkontrahenten opptrer i noen felles blokk.¹⁵⁰ Det må noe mer til, for eksempel at tredjemann handler i morselskapets interesser etter en korrespondanse mellom disse.

Oppsummert må rettsanvenderen særlig fokusere på korrespondansen mellom selskapets medkontrahent og aksjeeieren og om medkontrahenten handler i aksjeeierens interesser, når det skal vurderes identifikasjon etter dette alternativet i § 3-8 (4).

4 SELSKAPETS ERVERV AV EGNE AKSJER

4.1 Generelt

Vanligvis eies selskapets aksjer av eksterne personer, altså ikke selskapet selv. Årsakene til dette er mange. I § 9-1 (1) fremgår det at selskapet ikke kan tegne egne aksjer. Dette har sammenheng med at personen som skal ha aksjene etter tegningen også skal komme med et aksjeinnskudd, alternativt tingsinnskudd, som tilsvarende aksjenes pålydende.¹⁵¹

Selskapet kan likevel under visse forutsetninger erverve egne aksjer på annen måte enn ved tegning.¹⁵² Selskapet må altså på et tidligere tidspunkt ha tegnet og utstedt aksjer til en annen person, og på et senere tidspunkt kan det innenfor de rammene kapittel 9 oppstiller kjøpe de tilbake.

¹⁴⁸ Berge og Gåseide Røsås s. 60.

¹⁴⁹ Abrahamsen og Aase s. 348.

¹⁵⁰ Berge og Gåseide Røsås s. 59.

¹⁵¹ § 2-12 (1), § 2-6.

¹⁵² Kapittel 9.

Spørsmålet under dette punktet er om selskapets erverv av egne aksjer må følge prosedyrereglene som § 3-8 oppstiller. Dette reiser først spørsmålet om man i slike tilfeller er innenfor virkeområdet til bestemmelsen, og deretter om § 3-8 skal tolkes innskrenkende. For at fremstillingen skal bli adekvat, er jeg imidlertid først nødt til å grovt skissere rasjonalet bak transaksjonen og hvilke betimelige innvendinger man kan ha mot den.

For øvrig bemerkes det at dersom aksjene blir ervervet til overpris, vil forholdet til utdelingsreglene også kunne aktualiseres.¹⁵³

4.2 Hensyn for og mot erverv av egne aksjer

Selskapet har ingen nytte isolert sett av å sitte med aksjer i sitt eget selskap. Blant annet kan det etter § 5-3 (3) ikke stemme på generalforsamlingen for de aksjene selskapet selv eier, naturligvis.

Grunnen til at selskapet undertiden ønsker å erverve egne aksjer ligger imidlertid i forhold som ikke er knyttet til det å sitte på aksjerettighetene isolert sett. For eksempel kan de «ønskes brukt som vederlag ved fusjon eller når selskapet vil erverve visse formuesgjenstander».¹⁵⁴ Det kan videre fungere som vern mot fiendtlige oppkjøp,¹⁵⁵ dessuten blir investorrisikoen lavere fordi man har flere potensielle kjøpere av aksjene.¹⁵⁶

Selv om det finnes legitime årsaker til at man ønsker å erverve egne aksjer, heftes det likevel visse betenkeligheter ved å åpne for tilbakekjøp av aksjer. Problemet med erverv av egne aksjer er at slike kjøp «bare i formen er gjensidig bebyrdende (...), men i realiteten er en innløsning av aksjen der kjøpesummen utgjør innløsningsbeløpet».¹⁵⁷ Dette skal som utgangspunkt skje i samsvar med reglene om nedsettelse av aksjekapitalen i kapittel 12.¹⁵⁸ Blant annet taler hensynet til kreditorene at den innskutte aksjekapitalen ikke blir tatt ut av selskapet,¹⁵⁹ og reglene i kapittel 9 er begrunnet blant annet i et ønske om å beskytte selskapets kapital.¹⁶⁰

¹⁵³ Se mer om utdeling i pkt. 5 i denne oppgaven.

¹⁵⁴ NOU 1992:29 s. 109.

¹⁵⁵ NAU s. 28 og 29.

¹⁵⁶ Wyatt s. 15.

¹⁵⁷ Andenæs 2006 s. 489.

¹⁵⁸ *Ibid* s. 490.

¹⁵⁹ NAU s. 56.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 101.

4.3 Kommer § 3-8 etter sin ordlyd til anvendelse ved erverv av egne aksjer?

En forutsetning for at transaksjonstypens forhold til § 3-8 aktualiseres, er at den faller inn under § 3-8 etter sin ordlyd. I og med at erverv av egne aksjer etter sin natur skjer fra en aksjeeier, er det på det rene at avtalen faller inn under personkretsen i § 3-8.

Det kan reises spørsmål om transaksjonen ved slike erverv vil utgjøre en «avtale» etter ordlyden.¹⁶¹ Som nevnt under pkt. 2.2 i denne oppgaven, kreves det at det må foreligge en gjensidig forpliktende disposisjon. Ved avtalen forpliktet selskapet til å utbetale en sum til aksjeeier, mot at det får aksjene. Aksjeeieren forpliktet på sin side til å overføre eiendomsretten til aksjene, og har krav på vederlag for dette.¹⁶² Inntrykket etter disse presiseringene er at erverv av egne aksjer vil falle inn under inngangsvilkåret i § 3-8.

Det kan på den andre siden innvendes mot dette at «[s]elskapets kjøp av egne aksjer bare i formen er en gjensidig bebyrdende avtale, men i realiteten er en innløsning av aksjen der kjøpesummen utgjør innløsningsbeløpet».¹⁶³ Av denne grunn mener Andenæs at det ikke foreligger en gjensidig bebyrdende avtale, fordi de ervervede aksjene ikke har noen selvstendig verdi på selskapets hånd.¹⁶⁴

Etter mitt skjønn er ikke dette god argumentasjon. Poenget er at avtalen isolert sett stifter rettigheter og plikter for selskapet og medkontrahenten, ordlyden gir ikke anvisning på noen vurdering av om det ervervede har noen selvstendig verdi for selskapet. Som påpekt under pkt. 2.2.1 er det ingen forutsetning at medkontrahentens ytelse har noen økonomisk verdi i sin *alminnelighet*, og da er det i alle fall intet krav om at ytelsen må ha en verdi for *selskapet*.

Dersom denne tolkingen av bestemmelsen skulle gjelde generelt, ville det også ha ledet til resultater som strider med bestemmelsens formål. Hvis selskapet skulle kjøpe inn en gjenstand fra en aksjeeier for videresalg, men som det i sin virksomhet ikke hadde bruk for, ville også dette ervervet ha falt utenfor virkeområdet til § 3-8 dersom Andenæs' resonnement gjelder som en alminnelig regel. Og det er selvsagt ikke tilfellet.¹⁶⁵

Selskapets erverv av egne aksjer vil dermed utgjøre en «avtale» med en «aksjeeier» etter ordlyden i § 3-8.¹⁶⁶

¹⁶¹ Andenæs 2006 s. 429.

¹⁶² Det følger av § 9-6 (1) at erverv ved gave til selskapet ikke er omfattet av begrensningene for erverv av egne aksjer i kapittel 9. Som tidligere presentert i oppgaven, vil ikke gaver til selskapet falle inn under § 3-8 heller.

¹⁶³ Andenæs 2006 s. 429.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Slik også Grønland s. 152-153.

¹⁶⁶ Slik også NAU s. 74 og Grønland s. 152-153.

4.4 Må «avtale» tolkes innskrenkende til å ikke omfatte erverv av egne aksjer?

Spørsmålet som gjenstår er hvorvidt man må tolke «avtale» innskrenkende, slik at selskapets erverv av egne aksjer ikke må følge prosedyrekravene i § 3-8. Dette beror i stor grad på om de hensyn § 3-8 skal ivareta i tilstrekkelig grad blir ivaretatt gjennom de øvrige reglene.¹⁶⁷ Dermed må man vurdere om de begrensningene i kapittel 9 på en adekvat måte ivaretar kreditorenes og aksjeeiernes interesse i åpenhet. Ved et bekreftende svar vil ikke § 3-8 ha noen funksjon ved siden av kapittel 9.

Ett spørsmål må imidlertid besvares helt innledningsvis. Grønland hevder at etter at lovgiver endret ordlyden fra «erverv av eiendeler, tjenester eller ytelser» til «avtale», må dette forstås som at lovgiver har presisert at «§ 3-8 ikke [kan] tolkes innskrenkende uten klare holdepunkter i ordlyden i § 3-8 eller kapittel 9».¹⁶⁸ Etter hans mening må lovendringen altså tolkes slik at det skal mer til for å tolke bestemmelsene innskrenkende enn det som følger av rettskildeprinsippene ellers.

Årsaken til at lovgiver foretok endringen ligger imidlertid i at bestemmelsen skulle gjelde «alle slags avtaler uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger».¹⁶⁹ Jeg tolker denne uttalelsen slik at hovedformålet med endringen var at bestemmelsen skulle gjelde uavhengig av ytelsesstrukturen i transaksjonen. Jeg kan ikke se at lovgiver har hatt noen bevissthet omkring hva som skal til for å tolke bestemmelsene innskrenkende eller ikke. At rettsanvenderen ikke skal kunne tolke en bestemmelse innskrenkende uten klare holdepunkter i lovteksten, er i seg selv såpass oppsiktsvekkende at man uansett må forvente at lovgiveren klarere hadde gitt uttrykk for dette dersom det var intensjonen.

Jeg er derfor uenig med Grønland i hans standpunkt, og jeg drøfter dette punktets problemstilling ut fra et premiss om det ikke kreves noe mer enn ellers for å kunne tolke § 3-8 innskrenkende.

Det neste spørsmålet er hvilke reguleringer kapittel 9 har som ivaretar kreditorenes og aksjeeiernes interesse i åpenhet. Kapitlet består stort sett av materielle begrensninger som i liten grad vil tale for en innskrenkende tolking her.

Kapitlet inneholder samtidig også prosedyrekrav for denne transaksjonstypen. Forut for ervervet må styret ha fått fullmakt fra generalforsamlingen, og beslutningen i generalforsamlingen må ha blitt truffet «med flertall som for vedtektsendring».¹⁷⁰ Hovedregelen etter § 5-18 (1) er at en slik beslutning «krever tilslutning fra minst to

¹⁶⁷ Bråthen 2007 s. 71.

¹⁶⁸ Grønland s. 153.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

¹⁷⁰ § 9-4 (1).

tredeleer» av både de «avgitte stemmer» og «den aksjekapital som er representert på generalforsamlingen».¹⁷¹ Følgelig kreves det større oppslutning om avgjørelsen enn det som ellers gjelder for generalforsamlingsbeslutninger.¹⁷²

Fullmakten til styret må blant annet inneholde en angivelse av hvilket tidsrom den gjelder, høyest pålydende pris per aksje, høyest og lavest totalsum og på hvilke måter erverv kan skje.¹⁷³ Dessuten må beslutningen fra generalforsamlingen «meldes til Foretaksregisteret og må være registrert før aksjer kan erverves i henhold til fullmakten».¹⁷⁴

Konsekvensen av at reglene i §§ 9-2 til 9-5 ikke er fulgt, er ugyldighet. Det er likevel en forutsetning at medkontrahenten «innså eller burde ha innsett» at selskapet handlet i strid med reglene.¹⁷⁵ Det er altså tale om en svak ugyldighetsregel.

Det er blitt uttalt i teorien at det er «neppe noen grunn til å behandle erverv av egne aksjer annerledes enn innløsning av aksjer».¹⁷⁶ Poenget til Berge og Gåseide Røsås er at selskapet i begge tilfeller utbetaler et vederlag til aksjeeieren mot at han oppgir eiendomsretten til dem. Samme argument forfeikter også Andenæs som avgjørende ved vurderingen av om bestemmelsen kommer til anvendelse.¹⁷⁷ Dette taler for en innskrenkende tolking av inngangsvilkåret.

Likevel er det ikke gitt at slike harmonibetraktninger har så stor vekt de lege lata ved vurderingen av om § 3-8 kommer til anvendelse eller ikke. Blant annet faller de rene utdelinger utenfor bestemmelsens virkeområde, samtidig som at gode grunner taler for at maskert utbytte, altså delvis utdeling, faller innenfor.¹⁷⁸ Når harmonihensyn ikke anses som avgjørende der, kan dette ses på som et signal om at de generelt sett ikke er særlig fremtredende ved vurderingen av om § 3-8 må tolkes innskrenkende. Dette svekker i så fall argumentet til Berge og Gåseide Røsås.

Registreringen i Foretaksregisteret, konstitueringen av generalforsamlingen og kravet om kvalifisert flertall gjør at man har regler som langt på vei ivaretar transparensformålet. Det kan derfor hevdes at reguleringene sikrer interessene til kreditorene og aksjeeierne i

¹⁷¹ Det kan vedtas strengere stemmekrav i vedtektene, jfr. § 5-18 (3).

¹⁷² § 5-17.

¹⁷³ § 9-4.

¹⁷⁴ § 9-4 (4).

¹⁷⁵ § 9-7 (1).

¹⁷⁶ Berge og Gåseide Røsås s. 46. Ut fra sammenhengen er det naturlig å forstå dem som å lese uttalelsen som at det ikke er noen grunn til å behandle dem annerledes i *relasjon til* § 3-8. Transaksjonstypene blir jo ellers regulert ulikt.

¹⁷⁷ Andenæs 2006 s. 429.

¹⁷⁸ Se pkt. 5.2.2.

åpenhet på en måte som gjør at det kan hevdes at prosedyrereglene i § 3-8 synes å være unødvendig.

Det må samtidig presiseres at generalforsamlingens behandling av fullmakt etter § 9-4 i tid kommer før selve ervervet som eventuelt skal behandles § 3-8. Generalforsamlingen har ikke etter § 9-4 en like god kontroll av selve avtalen som den vil ha etter § 3-8, ettersom det er fullmakten og ikke selve ervervet den godkjenner. Det kan på denne bakgrunn hevdes at misbruk kan forekomme.

Dette kan for eksempel skje gjennom at «styret benytter en generell fullmakt fra generalforsamlingen til erverv av aksjer fra kun en aksjonær, i strid med prinsippet om likebehandling».¹⁷⁹ Fullmakten må imidlertid tolkes som andre dispositive utsagn, og det er grunn til å anta at motforestillingene i forrige avsnitt i stor grad faller bort ad tolkingsvei,¹⁸⁰ slik at prinsippet om likebehandling innfortolkes i fullmakten.

Det er nok likevel slik som Grønland uttrykker at selv om generalforsamlingen har behandlet fullmakten, innebærer ikke dette at formålet om åpenhet er fullt ut ivaretatt.¹⁸¹ Verken registreringen i Foretaksregisteret eller behandlingen på generalforsamlingen er som nevnt knyttet til ervervet, men til fullmakten, noe som fører til svekket kontroll over ervervet dersom § 3-8 ikke kommer til anvendelse i tillegg til § 9-4. Av denne grunn konkluderes det også i NAU at § 3-8 gjelder parallelt med § 9-4.¹⁸² I tillegg har ikke kapittel 9 de samme krav til redegjørelse fra styret og revisorgodkjennelse som § 3-8 oppstiller.

Det forhold at § 9-7 (1) statuerer at man står overfor svake ugyldighetsregler, kan også gi grunnlag for å hevde at transparensformålet får et svekket realiseringsgrunnlag ved en innskrenkende tolking.

Likevel kan ikke hensynet til kapitalbeskyttelse begrunne enhver regulering uten rimelig hensyntagen til effektiv ressursutnyttelse.¹⁸³ Dersom § 3-8 skal benyttes ved siden av saksbehandlingsreglene i § 9-4, vil erverv av egne aksjer være en meget ressurskrevende prosess der marginalkostnaden for selskapet er betraktelig høyere enn marginalinntekten for kapitalbeskyttelsesformålet. Poenget mitt er at de kostnadene som den ekstra runden med generalforsamling og revisorredegjørelser medfører, er betraktelig høyere enn verdien av den ekstra åpenheten omkring ervervet som vinnes.

¹⁷⁹ Abrahamsen og Aase s. 350.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Grønland s. 153.

¹⁸² NAU s. 74.

¹⁸³ Pkt. 1.4.2.

Funksjonen til § 3-8 er at kreditorene og aksjeeierne skal få kjennskap til ekstraordinære avtaler, og generalforsamlingsbehandlingen og registreringen gir et klart signal om avtalen selskapet skal inngå. Selv om det ikke sies noe om hvem som er medkontrahent, skal det meget lite aktivitet til fra aksjeeierens eller kreditorens side ut fra reglene i kapittel 9 å få dette på det rene. I tillegg bemerkes slike transaksjoner i regnskapene til selskapet etter regnskapslovens regler.

Inntrykket styrkes endelig av at erverv av egne aksjer ikke reiser det samme behovet for verdiavklaring gjennom redegjørelse og revisorinvolvering som erverv av formuesgoder ellers.

Konklusjonen min er derfor at vilkåret «avtale» i § 3-8 må tolkes innskrenkende slik at selskapets erverv av egne aksjer ikke er omfattet.¹⁸⁴

En mer hensiktsmessig løsning de lege ferenda kunne ha vært at erverv av egne aksjer måtte godkjennes etter prosedyrereglene i § 3-8, og at man samtidig så bort fra prosedyrekravene i kapittel 9. Da hadde man oppnådd mer harmoni i regelverket, ut fra en tanke om at de transaksjoner med størst risiko for kapitalmisbruk bør bli underlagt strengest regulering. Problemet med løsningen er at styret før ervervet ikke har særlig kunnskap om hvordan generalforsamlingen forholder seg til ervervet, men dette er et problem som oppstår generelt for § 3-8-avtaler. En slik tolking er det selvsagt ikke grunnlag for de lege lata.

5 UTBYTTE – SAMT ENKELTE SPØRSMÅL VEDRØRENDE GAVER

5.1 Generelt

Selskapet har hovedsakelig to alternativer for hvordan det skal bruke selskapskapitalen; enten til driften av selskapet, eller til utdeling til selskapsdeltakerne. Mens en tilbakeføring til selskapsdeltakerne vil kunne være problematisk i lys av at de ikke er personlig ansvarlige for selskapsforpliktelsene, «ville neppe mange ha stilt aksjeinnskudd som risikokapital for selskapet» dersom det ikke skulle være en slik adgang.¹⁸⁵

Sentralt blant kapitalreglene i aksjeselskapsretten er begrensningene for selskapet til å foreta utdelinger. Utbytte er en av flere utdelingsdisposisjoner. I den grad utdelingen ikke kan «henføres under reglene for kapitalnedsettelse, fusjon, fisjon eller tilbakeføring ved oppløsning», vil den omfattes av utbyttereglerne.¹⁸⁶ Paragraf 3-6 (1) oppstiller et krav om materiell hjemmel for utdelinger, og transaksjonen kan bare skje etter de

¹⁸⁴ Slik også Berge og Gåseide Røsås s. 46, Abrahamsen og Aase s. 351 og Bråthen 2007 s. 73. Enig i at avtalene faller utenfor § 3-8 er Andenæs 2006 på s. 429, men med en annen begrunnelse.

¹⁸⁵ Woxholth 2010 s. 220.

¹⁸⁶ NOU 1992:29 s. 168.

prosedyrereglene som oppstilles for de ulike utdelingsformene. Konsekvensen av ulovlige utdelinger er at det utløses restitusjonsplikt.¹⁸⁷

En utdeling foreligger der det skjer en «overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode».¹⁸⁸ Dette innebærer for det første at det skjer en ensidig overføring fra selskapet. Men selv om det skjer en verdioverføring mot vederlag, kan det likevel foreligge utbytte. Dette er tilfellet hvis det «er klart at aksjonæren er ute av stand til å prestere motytelsen», for eksempel ved at han er insolvent.¹⁸⁹ Tilsvarende gjelder der det foreligger et maskert utbytte.¹⁹⁰

Det er videre intet krav at aksjeeieren er den *direkte* mottakeren av overføringen, det er tilstrekkelig at den kommer ham «til gode». Endelig er det sikker rett at det må være en sammenheng mellom verdioverføringen og aksjeeierposisjonen.¹⁹¹

Første del av kapittel 8 i aksjeloven oppstiller materielle og prosessuelle krav til utdelinger av utbytte, som jeg dels skal komme inn på under neste punkt.

5.2 Må utbytteutdelinger behandles etter prosedyrene i § 3-8?

5.2.1 Presiseringer - problemstillingen reiser seg kun for maskert utbytte

Spørsmålet under dette punktet er hvorvidt utbyttetransaksjoner må følge prosedyrene i § 3-8 i tillegg til de kravene som fremgår av kapittel 8. Dette er et spørsmål som er omdiskutert i teorien, og delvis berørt i forarbeidene.

Inngangsvilkåret i § 3-8 (1) er at det må foreligge en «avtale», som altså må avgrenses mot ensidig bebyrdende disposisjoner. Utbytte er en disposisjon fra selskapet som ikke forplikter aksjeeierne, slik at utgangspunktet er at utbetaling av utbytte som utgangspunkt ikke må følge reglene i § 3-8.¹⁹²

Utbytte foreligger likevel også der man inngår en avtale der «det er *misforhold* mellom den ytelse selskapet mottar og det selskapet yter til aksjeeieren».¹⁹³ Dette ble også lagt til grunn i forarbeidene til asl. 1976.¹⁹⁴ Et eksempel på maskert utbytte kan være utleie av en eiendom til langt under markedspris. Slikt maskert utbytte vil utgjøre en «avtale»

¹⁸⁷ § 3-7. Plikten er som regel betinget av ond tro hos utdelingsmottakeren.

¹⁸⁸ § 3-6 (2).

¹⁸⁹ Andenæs 2006 s. 435.

¹⁹⁰ Se pkt. 5.2.1.

¹⁹¹ Se Rt. 1995 s. 1026. Saken gjaldt tolkingen av asl. 1976 § 12-4, men tilsvarende gjelder også for asl. 1997, se Woxholth 2010 s. 224-225 og Andenæs 2006 s. 434-435.

¹⁹² Bråthen 2007 s. 73.

¹⁹³ Woxholth 2010 s. 224.

¹⁹⁴ NUT 1970:1 s. 173.

med en «aksjeeier» etter ordlyden i § 3-8 (1) fordi det den er gjensidig forpliktende med en ytelsesplikt for selskapet.¹⁹⁵

De vurderinger som fremgår i det følgende vil også gjelde der det foreligger et utbytte gjennom en avtale der aksjeeieren er insolvent.

Et første spørsmål er om det i det hele tatt er behov for § 3-8 som ugyldighetsregel ved siden av reguleringene av utbytte. Det er blitt diskutert hvorvidt maskert utbytte etter sin art resulterer i en ubetinget restitusjonsplikt etter utdelingsreglene. Dette har sin bakgrunn i at et maskert utbytte ikke vil ha tilfredsstilt kravet i § 8-2 om at utdeling av utbytte besluttet av generalforsamlingen.¹⁹⁶

Årsaken til at utbyttereglerne i så fall ikke overflødiggjør § 3-8 i denne sammenheng ligger blant annet omfanget til restitusjonsplikten. Det følger av § 3-7 (1) at dersom det foreligger en ulovlig utdeling, «skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt». Ordlyden er nok tilpasset de rene utdelingstilfellene.

Ved maskert utbytte er det kun verdidifferansen mellom ytelsene som utgjør utbyttet. At det bare er verdidifferansen som skal tilbakeføres kan hjemles gjennom å tolke «det som er mottatt» i lys av at bestemmelsen kun gjelder «utdeling[er] fra selskapet». Det er også alminnelig antatt at bestemmelsen ikke utløser en fullstendig tilbakeføringsplikt,¹⁹⁷ selv om det er en viss uenighet omkring beregningen.

Dersom prosedyrene i § 3-8 ikke overholdes, og ytelsene etter avtalen er overført, skal de imidlertid tilbakeføres i sin helhet.¹⁹⁸ Hvis også § 3-8 får anvendelse på maskert utbytte vil man kunne tilby en fullstendig restitusjonsplikt i stedet for den delvise etter utbyttereglerne.

Det er også et poeng her at § 3-8 ikke krever sammenheng mellom avtaleinngåelsen og aksjeeierposisjonen, som utdelingsreglene setter som vilkår. Dermed har man ikke fullstendig overlapp mellom regelsettenes virkeområde her heller. Endelig kan det pekes på at alternativet «opptrer i forståelse med» en aksjeeier gjør at den personelle kretsen som omfattes av § 3-8 er videre enn utbyttereglerne, sml. «indirekte (...) til gode».¹⁹⁹

¹⁹⁵ Dersom aksjeeieren ikke er medkontrahent, men at avtalen vil inneholde en utbytteutdeling fordi han blir indirekte tilgodesett, er det en forutsetning at medkontrahenten har opptrådt «i forståelse med» aksjeeieren etter (4) for at § 3-8 etter ordlyden skal komme til anvendelse.

¹⁹⁶ Se blant annet Keiserud pkt. 3.22.

¹⁹⁷ Keiserud pkt. 2.42.3, Andenæs 2006 s. 454 og Aarbakke m.fl. 1999 s. 166-167.

¹⁹⁸ § 3-8 (3), første setning. Se også Berge og Gåseide Røsås s. 91 flg.

¹⁹⁹ Sml. § 3-6.

5.2.2 Skal «avtale» tolkes innskrenkende til å ikke omfatte avtaler med maskert utbytte?

Spørsmålet under dette punktet er hvorvidt «avtale» i § 3-8 skal tolkes innskrenkende slik at avtaler som inneholder maskert utbytte faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Behandlingen vil sentreres rundt spørsmålet om reguleringene i første del av kapittel 8 inneholder reguleringer med en tilfredsstillende ivaretagelse av transparensformålet som ligger bak § 3-8.

Bråthen fremhever i sin artikkel at de «ordinære regler om utbytte er utformet for å ivareta hensynet til selskapets kreditorer og aksjonærer, herunder aksjonærminoriteten», og fremhever dette som et argument for at avtaler med maskert utbytte ikke må følge prosedyrene i § 3-8.²⁰⁰

Det er nok slik at første del av kapittel 8 har en del reguleringer som ivaretar disse hensynene. Problemstillingen er likevel om disse reglene er *tilstrekkelige*. I tillegg bør denne vurderingen knyttes til om *transparensformålet*, siden de materielle reglene i kapittel 8 i svært liten grad kan utgjøre en substitutt for § 3-8. Her ser vi altså i praksis problemet med at man abstraherer bestemmelsens formål, som jeg nevnte under pkt 1.4.1.

En må her først og fremst se på § 8-2, som regulerer hvordan utbytteutdelinger skal besluttet. Det fremgår der at en slik beslutning treffes av generalforsamlingen, etter forslag fra styret. Til sammenligning oppstilles det i § 3-8 også krav om at styret utarbeider en redegjørelse for avtalen, som i henhold til § 2-6 (2) skal bekreftes av revisor. Deretter skal redegjørelsen sendes til Foretaksregisteret.

Siden utbyttereglene ikke oppstiller krav som på samme måte tilfredsstiller hensynet til åpenhet, taler dette for at «avtale» i § 3-8 ikke kan tolkes innskrenkende. En viss innvending mot dette er likevel at utbytte offentliggjøres gjennom regnskapet,²⁰¹ og endringer i selskapets kapital kan også til en viss grad observeres der.

Inntrykket av at åpenheten ikke er godt nok ivaretatt ved en innskrenkende tolking, styrkes imidlertid av at det som nevnt ligger i naturen til slike avtaler som vi her står overfor, at prosedyreregelen i § 8-2 ikke er fulgt. I den grad § 8-2 ivaretar hensynet til åpenhet, vil de uansett ikke ha vært fulgt ved maskert utbytte. Riktignok kan det være at generalforsamlingen godkjenner avtalen i ettertid, men åpenheten rundt avtalene og generalforsamlingens medvirkning er gjennomgående svakere ved avtaler som inneholder et maskert utbytte enn hva § 3-8 krever.

²⁰⁰ Bråthen 2007 s. 74.

²⁰¹ Regnskapsloven § 3-2.

I tillegg har jeg prinsipielle betenkeligheter mot å tolke en ugyldighetsregel innskrenkende på grunnlag av et regelsett som medfører bare delvis ugyldighet. Når det kun er den delen av avtalen som utgjør et utbytte som skal tilbakeføres, vil ikke dette ha en tilstrekkelig preventiv effekt, som forarbeidene fremhever som et særskilt poeng med § 3-8.²⁰²

Hertil kommer at et av siktemålene med § 3-8 er å «ramme avtaler som det også etter andre regelsett i aksjelovgivningen eller på annet grunnlag gjerne kan være grunn til å sørge for at blir undergitt en kritisk vurdering».²⁰³ Selv om konsekvensen av at § 3-8 kommer til anvendelse er at man lar maskert utbytte, altså en avtale som delvis inneholder utbytte, blir regulert strengere enn vanlig utbytte, så er maskert utbytte etter sin art presumtivt klanderverdig. Dette har en sammenheng med at selskapet vanligvis ikke vil ha tilfredsstilt de prosessuelle kravene for utbytte, samt at det maskerte utbyttet vanligvis også representerer et brudd på likhetsprinsippet blant aksjeeierne i aksjeselskapsretten. Denne presumsjonen om klanderverdighet må etter min mening gjøre at man er i kjernen til forarbeidsuttalelsen.

I forarbeidene er spørsmålet om § 3-8 kommer til anvendelse på ulovlige utdelinger berørt. Ved etterkontrollen i 2006 ble det reist spørsmål om bestemmelsen skulle begrenses til kun å gjelde Nachgründung. Handelshøyskolen BI, NHO og Tekna mente at man burde begrense regelen slik, ettersom hensynene bak regelen etter deres syn ble tilstrekkelig vernet gjennom øvrige bestemmelser i loven, blant annet gjennom «reglene om utdelinger».²⁰⁴

Departementet var ikke enig med høringsinstansene i at de hensyn som bestemmelsen skal ivareta blir i tilstrekkelig grad ivaretatt gjennom andre regler. Den sentrale beveggrunnen for dette standpunktet var at «[s]elv om aksjelovgivningens bestemmelser om ulovlige utdelinger og myndighetsmisbruk mv. trekker i samme retning som § 3-8, har disse bestemmelsene en annen funksjon enn § 3-8».²⁰⁵

Bråthen har i sin artikkel fra 2007 tatt opp denne uttalelsen i forarbeidene.²⁰⁶ Han gir i artikkelen uttrykk for at forarbeidene «utelukker (...) ikke at aksjelovenes § 3-8 kan komme til anvendelse på utdelinger». Etter min mening er ikke denne uttalelsen helt i samsvar med hva som kan sluttes fra forarbeidsuttalelsen. Jeg leser uttalelsen som et

²⁰² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid* s. 43.

²⁰⁵ *Ibid* s. 45.

²⁰⁶ Bråthen 2007 s. 74.

klart direktiv fra departementet om at «avtale» ikke skal tolkes innskrenkende når det gjelder utdelinger. Jeg kan ikke se at uttalelsen kun *åpner* for parallellbehandling.

Bråthen uttaler også at «tok man virkelig sikte på å lage nye regler for den mest sentrale form for utdeling fra selskapet, burde det vært omtalt i forarbeidene».²⁰⁷ Etter min mening veier ikke dette argumentet veldig tungt. Dette har sammenheng med at det ikke kan spores noen nevneverdig drøftelse av spørsmålet i teorien før etterkontrollen, slik at det ikke er unaturlig at departementet ikke tok dette spørsmålet til prinsipiell vurdering.²⁰⁸ Aarbakke m.fl., som visstnok i 2007 var den eneste som hadde uttalt seg om spørsmålet før Bråthen,²⁰⁹ hadde på den tiden lagt til grunn at bestemmelsene gjelder parallelt.²¹⁰ Det var altså ikke noen diskusjon om denne problemstillingen før etterkontrollen, og det eneste verket som hadde uttalt seg gikk altså i retning av at § 3-8 ikke skulle tolkes innskrenkende.

Bråthen viser også til Perlands artikkel for å poengtere at lovgiver har vært klar over problemstillingen om forholdet mellom § 3-8 og utbytte.²¹¹ Likevel går Perland på dette punktet utelukkende de lege ferenda til verks.²¹² Jeg kan ikke se at Perlands fremstilling gir noen form for oppfordring til lovgiver utover at man burde revidere bestemmelsens rekkevidde.

Etter min mening kan det derfor ikke trekkes så mye ut av at departementet ikke tar spørsmålet opp til prinsipiell behandling, og uansett mener jeg at departementet har gitt et klart svar på sitt standpunkt gjennom forarbeidsuttalelsen.

Maskert utbytte inneholder som nevnt et verdimessig misforhold mellom ytelsen fra selskapet og ytelsen fra medkontrahenten. Det følger av § 3-8 (2) at styret skal utarbeide en «erklæring om at det er rimelig samsvar mellom» ytelsene, hvilket vil være umulig å gjøre dersom det først foreligger et utbytteelement i avtalen. Dette kan tale for at en må tolke «avtale» innskrenkende til å kun omfatte avtaler der ytelsene har samme verdi. Det er også dette Bråthen hevder.²¹³

Som påpekt under pkt. 2.2 taler likevel de beste grunner for at redegjørelseskravet i (2) ikke skal legge noen føringer for virkeområdet til bestemmelsen.

²⁰⁷ Bråthen 2007 s. 74.

²⁰⁸ At man kan kritisere lovgiver for passivitet med hensyn til avklaring av sentrale spørsmål vedrørende § 3-8 generelt, er strengt tatt en annen sak. Manglende avklaring av rettsspørsmål kan være gjenstand for kritikk uten at det kan slutes noe de lege lata ut fra passiviteten.

²⁰⁹ Bråthen 2007 s. 73-74.

²¹⁰ Aarbakke m.fl. s. 203.

²¹¹ Bråthen 2007 s. 74.

²¹² Perland 2004 s. 531-532.

²¹³ Bråthen 2007 s. 74.

Bakgrunnen for at man ønsker åpenhet omkring avtaler mellom selskapet og personkretsen § 3-8 omfatter, er som nevnt blant annet at man søker å sikre kapitalvernet i selskapet. Å tolke «avtale» innskrenkende til å ikke omfatte avtaler med utbytteelementer, vil slik sett være kontraproduktivt. Da vil man komme til at bestemmelsen kun omfatter tilfeller der det er et samsvar mellom verdiene som ytes, mens den ikke gjelder der selskapskapitalen faktisk utfordres, som ved maskert utbytte.

Samlet sett mener jeg derfor det meste taler for at «avtale» ikke kan tolkes innskrenkende til å ikke omfatte maskert utbytte.²¹⁴

5.3 Gavesalg

En gave defineres som «en formuesforskyvning i den hensikt å berike mottakeren».²¹⁵ Grunnvilkåret er at selskapets ytelse er helt (gave) eller delvis (gavesalg) vederlagsfri.²¹⁶ Spørsmålet her er om § 3-8 kommer til anvendelse på disse disposisjonene.

Det er et spørsmål om kravet om berikelseshensikt i privatretten er satt under press. Det kan her vises til blant annet Rt. 1996 s. 1647 («Bruvik»), som gjaldt tolkingen av gavebegrepet i dekningsloven § 5-2. Selv om Høyesterett bemerker at det er et krav om berikelseshensikt, er det ikke lett å finne bevis i domspremissene på at dette forelå i saken. Problemstillingen følges imidlertid ikke ytterligere.

En gave er en ensidig disposisjon fra selskapet som ikke vil falle inn under § 3-8 på grunn av inngangsvilkåret «avtale». Et gavesalg vil imidlertid være en gjensidig forpliktende «avtale» etter ordlyden i § 3-8, slik at det kun er her spørsmålet om anvendelsen av § 3-8 aktualiseres.

Gavesalg har visse likheter med maskert utbytte. I begge tilfeller foreligger det en avtale der selskapets ytelse er verdt mindre enn medkontrahentens. Én forskjell ligger i loven ikke oppstiller noen personelle krav på medkontrahentsiden når det gjelder gavesalg,²¹⁷ mens det for utdelingers vedkommende er begrensninger i denne henseende.²¹⁸ I tillegg forutsetter gavesalg tilstedeværelsen av berikelseshensikt, mens det ved maskert utbytte som nevnt kreves en sammenheng mellom aksjeeierposisjonen og utdelingen av utbyttet.

Grensen mellom gavesalg og maskert utbytte, eller for så vidt grensen mellom gaver og utdelinger generelt, er ikke skarp der det er aksjeeier som er mottaker. Det er vanskelig å tenke seg en utdeling av utbytte som ikke har til hensikt å berike aksjeeieren, på

²¹⁴ Slik også Berge og Gåseide Røsås s. 19. Standpunktet begrunnes dog ikke på et mer prinsipielt grunnlag.

²¹⁵ Andenæs 2006 s. 468 med henvisning til den tradisjonelle begrepsdannelse i privatretten, illustrert gjennom Rt. 1996 s. 1647 om omstøtelse i konkurs.

²¹⁶ Andenæs 2006 s. 468.

²¹⁷ § 8-6.

²¹⁸ § 3-6, se også Berge mfl. s. 23-24 vedrørende utbytte til andre enn aksjeeier.

samme måte som at det er vanskelig å se for seg et gavesalg uten at det foreligger en sammenheng mellom aksjeeierposisjonen og utdelingen. Andenæs ser ut til å mene at en må vurdere transaksjonens natur, altså om den bærer mest preg av å være utbytte eller gave, selv om han ikke er klar på dette punktet.²¹⁹ Der det ikke er aksjeeier som er mottaker av formuesforskyvningen, må vurderingen av disposisjonen vurderes etter gavereglene.

Denne problemstillingen forfølges imidlertid ikke ytterligere, i og med at § 3-8 etter min mening kommer til anvendelse både ved maskert utbytte og ved gavesalg til aksjeeier eller andre som faller inn under personkretsen til § 3-8.

Der en avtale med gaveelementer inngås med noen av selskapets nærstående som nevnes i § 3-8, vil ordlyden i § 3-8 tale for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Det må dermed spørres om vilkåret «avtale» skal tolkes innskrenkende.

Hvilke prosedyrer selskapet må følge ved utdeling av gave fremgår i § 8-6. Bestemmelsen oppstiller personelle begrensninger ut fra hvor stor gaven er. Styret kan kun gi «leilighetsgaver» og «gaver til allmennyttig eller liknende formål» dersom de i lys av «selskapets stilling er av liten betydning».²²⁰ Til samme formål kan generalforsamlingen gi gaver som etter en totalvurdering «må anses som rimelige».²²¹ Andre gaver enn dette kan bare besluttet av en enstemmig generalforsamling, men det ligger en kvantitativ begrensning gjennom at gaven må ligge innenfor de midler selskapet har til rådighet «til utdeling av utbytte».²²²

Som ved vurderingen av om maskert utbytte må behandles etter § 3-8, er det et moment i retning av en innskrenkende tolking av «avtale» at styret i tilfeller med gavesalg ikke kan utarbeide en slik redegjørelse som § 3-8 (2) foreskriver. Dette på grunn av at det her foreligger en differanse mellom verdiene som ytes etter avtalen. Likevel kan det som nevnt ikke legges mye vekt på dette momentet.

Et åpenbart moment for å tolke «avtale» innskrenkende på dette punktet, som også Bråthen trekker frem,²²³ er at avtaler med gaveelementer blir underlagt strengere reguleringer enn vanlige gaver. Dersom § 3-8 skulle gjelde for gavesalg, vil man få en uforholdsmessig strengere regulering av gavesalg sammenlignet med vanlige gaver. Det er jo tross alt sistnevnte som utgjør en større fare for selskapskapitalen enn førstnevnte.

²¹⁹ Andenæs 2006 s. 469.

²²⁰ § 8-6 (2), jfr. (1).

²²¹ § 8-6 (1).

²²² § 8-6 (3).

²²³ Bråthen 2007 s. 75.

Strengt tatt har likevel dette momentet to sider. Aksiomet bør være at de transaksjoner som presumtivt er mest kapitalskadelig for selskapet, bør underlegges de strengeste kravene. Som oppgaven ellers viser, er gjeldende rett ikke helt i tråd med dette. Blant annet er det ofte lettere for selskapet å foreta utdelinger enn det er å inngå en avtale med en aksjeeier. At gavesalg vil bli strengere regulert enn vanlige gaveutdelinger, kan dermed også brukes som et argument for at *gavereglene burde ha vært strengere*.

Berge og Gåseide Røsås mener på sin side at § 3-8 gjelder ved gavesalg.²²⁴ Der påpekes hvor tilfeldig konsekvensene av en slik løsning kan fremstå gjennom et eksempel:

«Det ligger i det som er sagt ovenfor at et selskap med tilstrekkelig utbyttekapasitet kan utdele en eiendom med en betydelig merverdi uten å følge § 3-8, men dersom overføringen skjer som et gavesalg til kr 1, vil bestemmelsens saksbehandlingsregler gjelde.»

Likevel mener de altså at «avtale» ikke kan tolkes innskrenkende. Og det er etter min mening den mest fornuftige løsningen. Paragraf 8-6 ivaretar i liten grad den åpenheten som er hensynet bak § 3-8, blant annet er det intet krav om redegjørelse eller melding til Foretaksregisteret. Generelt er de prosedyrereglene som oppstilles nokså beskjedne sammenlignet med § 3-8.

Som nevnt tidligere, bør § 3-8 komme til anvendelse dersom man på bakgrunn av de øvrige regler i lovgivningen bør ha et kritisk blikk til den. Gavesalg har en egenskap som gjør at den utad kan tilsløre den reelle formuesforskyvningen, og det er nok ikke uvanlig at prosedyrereglene i § 8-6 ikke er fulgt. Dermed mener jeg at hensynet til åpenhet, og da særlig behovet for revisorinnblanding, gjør seg gjeldende med styrke.

I tillegg bør gavesalg etter min mening behandles på lik måte som maskert utbytte, på bakgrunn av at grensen mellom disse transaksjonene kan være vanskelig å trekke.

Konklusjonen min er derfor at selskapet ved gavesalg må følge prosedyrene i § 3-8.

6 SELSKAPETS KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE

6.1 Generelt

Spørsmålet er her hvorvidt selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse må godkjennes på generalforsamlingen etter prosedyrene i § 3-8. I aksjeloven har man i kapittel 8, tredje del særskilte regler for visse former for kreditt og sikkerhetsstillelse.

²²⁴ Berge og Gåseide Røsås s. 19.

Reguleringene i kapittel 8 har sin bakgrunn i at disposisjoner som involverer å gi kreditt og å stille sikkerhet av ulike årsaker vil kunne være problematiske. Ved kredittytelser svekkes selskapets kreditt, og man løper en risiko for at man selskapskapitalen svekkes på permanent basis gjennom at man ikke får inndrevet kravet. En sikkerhetsstillelse kan på sin side materialiseres i et krav mot selskapet under gitte forutsetninger, hvilket gjør innhugg på selskapskapitalen og kreditorenes dekningsutsikter.

Det er på grunn av disse betenkelighetene at man har begrensninger i adgangen til å stille sikkerhet eller gi kreditt til selskapets aksjeeiere m.v. i §§ 8-7 til 8-9.²²⁵ Selv om det å gi kreditt og å stille sikkerhet generelt vil utgjøre en risiko for kapitalsvækkelse, er det kun disposisjoner overfor personer med en nærmere tilknytning til selskapet at loven oppstiller særskilte reguleringer.

Begrunnelsen for de reguleringene man har «må søkes i de særlige betenkeligheter som knytter seg til disse typer av disposisjoner når de foretas til fordel for den nevnte personkrets, samt i faren for omgåelse av utdelingsreglene».²²⁶ Vanligvis vil man ved kredittytelser og sikkerhetsstillelser foreta en risikovurdering gjennom å se på sannsynligheten for at kapitalen blir tilbakeført, eller at sikkerheten materialiseres. Overfor den aktuelle persongruppen er det en særlig risiko for at denne risikovurderingen er fraværende, eller i alle fall at avgjørelsen i mindre grad enn normalt er blitt påvirket av risikoen.

I denne delen av oppgaven vil jeg ta for meg de former for kredittytelser og sikkerhetsstillelser som vil falle innenfor personkretsen til både § 3-8 og reguleringene i kapittel 8. Det personelle kravet i regelsettene er hovedsakelig de samme. Det skal først presenteres hva som ligger i grunnvilkårene «gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for» i kapittel 8. Etter dette skal jeg holde ulike former for kreditt og sikkerhetsstillelse opp mot § 3-8, og vurdere både om man er innenfor ordlyden til bestemmelsen og om en skal tolke den innskrenkende for den aktuelle disposisjonstypen.

6.2 Grunnvilkårene «gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for»

Paragrafene 8-7 til 8-9 er bygget opp slik at man har to alternative grunnvilkår, og ulike regler alt etter hvem det er som drar fordel av disposisjonen. Grunnvilkåret angir transaksjonstypen som rammes – selskapet må «gi kreditt til eller stille sikkerhet til fordel for» en av personene som nevnes i bestemmelsene.

²²⁵ Reguleringen av kreditt til erverv av aksjer mv i § 8-10 ligger på siden av dette emnet, og vil ikke bli behandlet.

²²⁶ Andenæs 2006 s. 473.

Begrepet «kreditt» omfatter enhver disponering av andres likviditet for et begrenset tidsrom.²²⁷ Slik var også begrepet definert i den nå opphevede kredittkjøpsloven.²²⁸ I og med at begrepet sikter til tilgjengeliggjøringen av likviditet, avgrenser det mot henstand med oppfyllelse av naturalytelser.²²⁹

Det er alminnelig antatt at dette omfatter også tilfeller der selskapet overtar et allerede eksisterende krav fra en tredjemann mot en aksjeeier, altså kreditorskifte.²³⁰ Tilsvarende må også gjelde der selskapet foretar en intervensjonsbetaling for aksjeeierens gjeld, såfremt det skal skje et etterfølgende regresskrav. Der det ikke skal skje et slikt etteroppgjør, må det formentlig behandles som utdeling av utbytte, og ikke en kredittytelse, siden det i realiteten skjer en verdioverføring til aksjeeieren gjennom betaling av gjeld. Også tilfeller av debitorskifte der aksjeeier mv. overtar et eksisterende krav selskapet har mot en tredjemann mot selskapets samtykke, vil omfattes.²³¹

Grunnen til dette er at disse transaksjonene forutsetter en disposisjon som i realiteten tilsvarende direkte kredittgivning, og som dermed må falle inn under vilkåret.²³²

Samtidig omfattes ikke selskapets erverv av aksjeeiers fordring mot tredjemann. Selv om selskapet her påtar seg en risiko for manglende oppfyllelse fra debitor, en risiko som fjernes fra aksjeeieren, har aksjonæren presteret «sin motytelse i og med overdragelsen».²³³ En slik transaksjon må i relasjon til § 3-8 vurderes som et hvert annet erverv av formuesgoder.

Det alternative grunnvilkåret er at selskapet «stille[r] sikkerhet til fordel for» en innenfor personkretsen. Etter ordlyden omfattes personlige sikkerhetsstillelser, som garantistillelse, og realsikkerhetsstillelser, typisk pantsettelse. Felles for alle disse er at det gis en *særskilt dekningsrett* som går utover de alminnelige rettighetene enhver kravshaver har.

Utenfor vilkåret vil man være dersom det er gitt ut gjeldsbrev til kreditor, selv om dette vil bidra til en bedre bevissituasjon for ham, og vil dessuten gi visse prosessuelle og materielle fordeler.²³⁴ Dette vil på sett og vis fungere som en sikkerhet for kreditor for at han skal få tilbake det han har krav på, men fordi det ikke gis en særskilt dekningsrett er ikke dette en form for sikkerhetsstillelse etter aksjeloven § 8-7 flg.

²²⁷ Krüger 1978 s. 109.

²²⁸ Lov om kredittkjøp m.m. 21. juni 1985 nr. 82 § 3.

²²⁹ Se også Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) s. 192.

²³⁰ Andenæs 2006 s. 474.

²³¹ Aarbakke mfl. s. 616.

²³² Andenæs 2006 s. 474.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ For eksempel forlenges foreldelsesfristen, jfr. lov 18. mai 1979 nr. 18 (foreldelsesloven) § 5, tredje ledd.

Også andre lignende mekanismer vil falle utenfor av samme grunn. Hvis avtalen inneholder en regulering av konvensjonalbot, vil dette kun være en risikominimeringsmekanisme, og ingen sikkerhetsstillelse i aksjelovens forstand.

En viktig presisering er her at § 3-8 krever at det foreligger en direkte avtale mellom selskapet og en fra personkretsen. På dette punktet er §§ 8-7 til 8-9 utformet forskjellig, siden man kan «gi kreditt til» eller «stille sikkerhet til fordel for» noen uten at dette skjer gjennom en slik direkte avtale som § 3-8 krever. Som jeg kommer inn på senere, kan dette forholdet medføre at enkelte disposisjoner ikke må følge prosedyrene i § 3-8.

6.3 Generelt om forholdet til § 3-8

6.3.1 Generelt

Spørsmålet er nå om selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for den personkretsen som nevnes i §§ 8-7 til 8-9 må tilfredsstille den prosedyren som § 3-8 foreskriver. Dette kan ikke besvares generelt, til det er tilfellene for ulike. En grunn til dette er at den kreditt og sikkerhetsstillelse som faller innenfor begrensningene i §§ 8-7 til 8-9 ikke nødvendigvis skjer gjennom en direkte avtale med en aktør innenfor personkretsen, slik at man står overfor et trepartsforhold. Paragraf 3-8 er på sin side ikke i nevneverdig grad utformet for trepartsforhold som dette.

Et gjennomgående spørsmål for de ulike disposisjonene er hvorvidt § 3-8 må tolkes innskrenkende kun på grunn av reguleringene i §§ 8-7 til 8-9 dersom disposisjonen i første omgang faller inn under ordlyden. Siden dette er av relevans for de fleste av disposisjonene, vil dette behandles først.

6.3.2 Må § 3-8 tolkes innskrenkende kun på grunnlag av reguleringene i §§ 8-7 til 8-9?

Spørsmålet her er om reguleringene i §§ 8-7 til 8-9 alene kan tilsi at § 3-8 må tolkes innskrenkende for de avtaler som rammes av de førstnevnte bestemmelsene. Verken i § 3-8 eller i §§ 8-7 til 8-9 uttales det direkte noe om dette spørsmålet. Det er heller ikke vurdert i forarbeidene, slik at svaret må bero på reelle hensyn og en vurdering av teoriens argumentasjon omkring dette spørsmålet. Som ved de tidligere vurderingene av om § 3-8 skal tolkes innskrenkende, er det sentralt hvorvidt publisitetshensynet bak § 3-8 er godt nok ivaretatt gjennom andre regler for disposisjonstypen.

De reguleringene aksjeloven har som gjelder spesielt for selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse, er hovedsakelig materiellrettslige. I § 8-7 (1) ligger hovedregelen for kreditt og sikkerhetsstillelse til fordel for personer med en tilstrekkelig tilknytning til selskapet til at de faller inn under personkretsen. På grunn av den tette sammenhengen

mellom slike avtaler og utdelinger, ligger det en kvantitativ begrensning gjennom at man må holde seg «innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte». I tillegg kreves det at det blir stilt «betryggende sikkerhet» for etteroppgjøret, enten dette skal skje gjennom tilbakebetaling av de utlånte eller regresskravet.

På den ene siden kan det nok hevdes at kapitalvernet er tilstrekkelig ivaretatt gjennom de materielle begrensningene som oppstilles i § 8-7 (1). Det fremgår da også av forarbeidene at formålet med bestemmelsene er å sikre selskapskapitalen.²³⁵

Samtidig er det styret, som ansvarlig for forvaltningen av selskapet, som etter hovedregelen skal beslutte hvorvidt det skal gis kreditt eller stilles sikkerhet.²³⁶ I §§ 8-7 til 8-9 fremgår det intet om at generalforsamlingen skal involveres, noe som gjør at bestemmelsene ikke i nevneverdig grad verner om aksjeeierne. Dette vil klart være et argument mot å tolke § 3-8 innskrenkende, siden vern av aksjonærinteressene der står sentralt.

Det anføres likevel av Aarbakke mfl. at «de diskrimineringssynspunkter som ligger til grunn for § 8-6» gjør at man ofte må «kreve beslutning av generalforsamlingen, og også å kreve tilslutning fra samtlige aksjeeiere».²³⁷ Dette fordi slike transaksjoner vil «lett få karakter av en begunstiging av en eller flere aksjeeiere eller andre 'innsidere' på bekostning av andre».²³⁸

Dermed har man antakeligvis altså visse prosedyrekrav ved selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse. Det er dog noe problematisk for rettsanvendelsen at disse ikke følger av loven, og regelens nærmere innhold er noe uklart. Dette prosedyrekravet må derfor ha noe begrenset vekt ved vurderingen av om § 3-8 skal tolkes innskrenkende eller ikke.

Således oppstilles det ikke prosedyrekrav i §§ 8-7 til 8-9 som kan sikre den åpenhet som står sentralt i § 3-8. Dette blir også påpekt av Bråthen, som skriver at «hensynet til åpenhet omkring låneavtalen (...) ikke oppnås når styret behandler avtalen».²³⁹ Det kreves heller ingen styreredegjørelse eller registrering i Foretaksregisteret. Disse forhold taler med tyngde for at § 3-8 ikke kan tolkes innskrenkende.

Følgelig er det slik at §§ 8-7 til 8-9 «oppstiller materielle begrensninger for adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet, mens aksjelovene § 3-8 inneholder en

²³⁵ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 48.

²³⁶ Bråthen 2007 s. 75.

²³⁷ Aarbakke mfl. s. 615, med videre henvisning til Per Augdahl, *Aksjeselskaper efter norsk rett*, 3. utgave, Oslo 1959, s. 101-102.

²³⁸ Aarbakke mfl. s. 615.

²³⁹ Bråthen 2007 s. 75.

saksbehandlingsregel for alle salgs avtaler, forutsatt at visse vilkår er oppfylt».²⁴⁰ Bestemmelsene er vesensforskjellige, i og med at §§ 8-7 til 8-9 ikke inneholder saksbehandlingsregler i særlig grad. Dermed har man i utgangspunktet egentlig ikke noen grunn til å foreta en innskrenkende tolking.

Det kan på den annen side hevdes at man ved kreditt og sikkerhetsstillelse ikke kan utarbeide noen redegjørelse «om at det er rimelig samsvar» mellom ytelsene.²⁴¹ I den grad selskapet faktisk får en ytelse fra medkontrahenten, er dette vederlaget sjelden det samme beløpet som garanti og sikkerhetsstillelsen ligger på.

Dette er likevel ikke et treffsikkert argument. Som jeg har vært inne på tidligere, kan det ikke trekkes materielle slutninger fra kravene til redegjørelsen. Videre fremgår det i forarbeidene at det ikke kreves noe slikt av redegjørelsen, men at det markedsmessig er et rimelig samsvar mellom ytelsene.²⁴² Dette innebærer at vederlaget må gjenspeile den *risikoen* selskapet påtar seg ved transaksjonen, slik at det *ikke* i (4) er noe krav om *beløpsmessig* samsvar mellom ytelsene.

Hertil kommer at det er en nær sammenheng mellom selskapets kreditt og sikkerhetsstillelse på den ene siden, og utbytte på den andre siden. Dette fremgår blant annet av den kvantitative begrensningen i § 8-7 (1), der rammene for kreditt og sikkerhetsstillelse følger reguleringene for utbytte. Når det i tillegg kan være en glidende overgang mellom utbytte og slike disposisjoner,²⁴³ kan man argumentere med at disposisjonene bør behandles på samme måte når det gjelder prosedyrekravene i § 3-8. Og utbytte må jo, som jeg har vært inne på tidligere, følge § 3-8 der det er forankret i en avtale.

Konklusjonen er derfor at § 3-8 ikke kan tolkes innskrenkende kun på grunnlag av reguleringene i §§ 8-7 til 8-9.²⁴⁴ Men, som jeg skal komme tilbake til, er det ikke dermed sagt at den ikke kan tolkes innskrenkende på grunnlag av avtalens egenart.

6.4 Selskapets kreditt til aksjeeier

Spørsmålet her er hvorvidt selskapets kreditt til aksjeeier må følge prosedyrene i § 3-8. Dette beror dels på om man er innenfor bestemmelsens ordlyd, før man må vurdere om bestemmelsen skal tolkes innskrenkende på en eller annen måte. Utgangspunktet er

²⁴⁰ Bråthen 2011 s. 46.

²⁴¹ § 3-8 (2).

²⁴² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

²⁴³ Utbyttereglene kommer blant annet til anvendelse der renten som betales for kreditten er svært lav, jfr. Andenæs 2006 s. 436.

²⁴⁴ Slik også Bråthen 2007 s. 75 og Bråthen 2011 s. 46.

likevel, som jeg viste i forrige punkt, at reguleringene i §§ 8-7 til 8-9 alene ikke kan begrunne en slik tolking av § 3-8.

Under dette punktet må det sondres mellom selskapets direkte kredittgivning, kreditt gjennom kreditorskifte/intervensjonsbetaling og kreditt gjennom debitorskifte. Årsaken til dette ligger i at vurderingene som må foretas er nokså forskjellige på grunn av de ulike disposisjonenes særpreg.

Situasjonen der aksjeeieren overtar et eksisterende krav selskapet har mot en tredjemann mot selskapets samtykke, kan likevel allerede her sjaltes ut. Dette reiser ingen særlige problemer ved vurderingen av om § 3-8 må følges. Her er selskapets ytelse å gi fra seg kravet. Hvorvidt det foreligger en «avtale» etter § 3-8 eller ikke, beror på om aksjeeieren blir forpliktet ved en slik cesjon, for eksempel til å betale for overdragelsen.

I det følgende skal jeg først ta for meg anvendelsen av § 3-8 på direkte kredittytelse til aksjeeier, før jeg vurderer om bestemmelsen kommer til anvendelse ved indirekte kredittgivning.

6.4.1 Anvendelsen av § 3-8 på direkte kredittytelse til aksjeeier

Den første problemstillingen er som nevnt om selskapets direkte kredittgivning til en aksjeeier må følge prosedyrene i § 3-8. Med dette siktes det til den tradisjonelle og vanlige kredittytelsen, der selskapet og aksjeeieren inngår en avtale om at selskapet skal stille kreditt til rådighet for aksjeeieren.

Det er på det rene at det da foreligger en «avtale» med en aksjeeier, ettersom det å stille kapital til rådighet på denne måten forutsetter en gjensidig bindende avtale. Selskapet er forpliktet til å stille pengene til rådighet, mens medkontrahenten er forpliktet til å tilbakebetale dette beløpet.

Paragraf 3-8 forutsetter imidlertid at det også at det skjer kommer «ytelse» fra selskapet.²⁴⁵ Det kan først spørres om selskapet yter noe ved å stille likviditet til rådighet. Det kan nemlig anføres at selskapet ikke yter noe, i og med at det får tilbake den kreditt som er gjort tilgjengelig, altså hovedstolen.

Mot dette må det anføres at et slikt standpunkt undervurderer verdien av likviditet. Selv om det i rene penger skal få tilbake det samme som er utlevert, så yter man en tjeneste for mottakeren som dermed får bedret likviditetssituasjon. Videre innebærer

²⁴⁵ § 3-8 (1).

kredittytelser en risiko for kreditorene på grunn av at det medfører et svekket dekningsgrunnlag.

Uansett er standpunktet rettslig sett uholdbart. Penger er fullstendig fungible,²⁴⁶ slik at det *ikke er de eksakt samme pengene* som selskapet har overført som skal tilbakebetales. Det som skjer ved en låneavtale er at långiveren gir kreditt mot at han får en *fordring* mot debitor, altså et annet formuesgode enn det som er overført. Dette viser seg tydelig gjennom at kreditors krav kan selges, såkalt cesjon, noe blant annet gjeldsbrevloven²⁴⁷ §§ 25 følgende forutsetter. Konsekvensen må være at man etter § 3-8 betrakter dette på samme måte som der selskapet gir aksjeeieren en bil, mot at aksjeeieren tre år etterpå skal gi selskapet en motorsykel.

Dermed vil direkte kredittytelser til aksjeeieren være en gjensidig forpliktende avtale etter § 3-8 der selskapet har en ytelsesforpliktelse. Andenæs mener også dette, men ser ut til å begrense standpunktet til lån med renteplikt.²⁴⁸ Dette blir i så fall ikke helt treffende. Der låntakeren har renteplikt, er det helt klart at kredittavtalen er gjensidig forpliktende. Men også der slik plikt er fraværende vil det være en «avtale» etter § 3-8 (1), i lys av låntakerens plikt til å innfri fordringen.

Konklusjonen er dermed at selskapets kredittytelser som gis direkte til aksjeeier mv, også må gå gjennom prosedyrene i § 3-8.

6.4.2 Anvendelsen av § 3-8 på kredittytelse gjennom cesjon

Under dette punktet behandles tilfeller der selskapet kjøper et krav som tredjemann har mot en aksjeeier («cesjon»). Dette er som nevnt en form for kredittgivning som må følge begrensningene i §§ 8-7 til 8-9. Det følger av alminnelige cesjonsregler at en fordring kan overdras på samme måte som andre formuesgoder.²⁴⁹ Dermed kreves det som et utgangspunkt ikke noe samtykke fra debitor for at overdragelsen kan skje.

Først skal det vurderes hvorvidt cesjonsavtalen isolert sett må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8. I et slikt tilfelle står tredjemann som selger og selskapet som kjøper; aksjeeieren er ikke en part i denne avtalen. Konsekvensen av dette er at selv om det foreligger en gjensidig bebyrdende «avtale» etter § 3-8, så inngår selskapet avtalen med en person som ikke tilfredsstiller det personelle kravet som fremgår i § 3-8 (1). For at selve cesjonen må følge prosedyrene i § 3-8 er det således en forutsetning at

²⁴⁶ Haukaas s. 29.

²⁴⁷ Lov 17. februar 1939 nr. 1.

²⁴⁸ Andenæs 2006 s. 428.

²⁴⁹ Hagstrøm s. 884.

tredjemann «opptrer i forståelse med» aksjeeieren etter (4).²⁵⁰ Dette beror på en konkret vurdering, men det kan likevel uttrykkes noen generelle utgangspunkter ut fra hva som vanligvis skjer ved slike avtaler.

Det er nok ikke vanlig at det foreligger en slik forståelse mellom debitor og cedent før en slik overdragelse. Rett nok, som jeg skal komme tilbake til, skjer dette ikke sjelden ved selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier for aksjeeierens forpliktelser. En sikkerhetsstillelse er likevel aksessorisk, i den forstand at den skal sikre en hovedforpliktelse mellom tredjemann og aksjeeieren. Cesjon har ikke dette aksessoriske preget, som gjør at kontakt mellom kreditoren og aksjeeieren er enda mindre naturlig.

Med mindre tredjemann nyter godt av høy rente på fordringen, har han som regel også en selvstendig, forretningsmessig interesse i at han ikke har noe utestående med aksjeeieren. Selv om aksjeeieren trolig er interessert i at selskapet overtar kravet, er fokuset i ordlyden likevel at *tredjemann* i større eller mindre grad må motiveres av aksjeeierens interesser for at han skal handle «i forståelse med» aksjeeieren.²⁵¹ Og i den grad tredjemann har en interesse i cesjonen gjennom at han profiterer på den, vil han som regel ikke ha opptrådt «i forståelse med» aksjeeieren.

Sentralt ved vurderingen her vil derfor være om fordringen fremstår som en form for kapitalplassering. I slike tilfeller vil en cesjon normalt være begrunnet i hensynet til andre enn kreditor selv, ettersom han i utgangspunktet hadde vært tjent med å sitte med fordringen. Dermed er dette en klar indikasjon på at tredjemann «opptrer i forståelse med» aksjeeieren. Motsatt vil som regel vil en ufrivillig kreditor, som vanligvis ikke har et rentekrav, handle først og fremst i egne interesser ved cesjon.

Saken kan selvsagt stille seg annerledes der aksjeeieren tar kontakt med tredjemann og fremmer et ønske om at han selger kravet til selskapet. Et rent bifall fra kreditor på debtors forespørsel er derimot ikke tilstrekkelig til at vilkåret er tilfredsstilt.²⁵² Hvis tredjemann går med på å selge fordringen til selskapet for å opprettholde en god forretningsforbindelse med aksjeeieren, må man nok identifisere tredjemann og aksjeeier etter (4).

Undertiden kan man likevel ha begrensninger i adgangen til å overdra et krav, enten i lovbestemmelser eller i avtale, typisk i den som etablerer kravet. Dermed må aksjeeieren

²⁵⁰ Det forutsettes her at tredjemann ikke «handler etter avtale», fordi alternativet «opptrer i forståelse med» vil være det mest aktuelle i praksis.

²⁵¹ Se pkt. 3.2.

²⁵² Berge og Gåseide Røsås s. 59.

samtykke til overdragelsen for at den kan finne sted, med mindre cesjonsforbudet er preseptorisk, typisk av hensyn til tredjemenn.²⁵³

Spørsmålet om selve cesjonsavtalen i slike tilfeller må følge prosedyrene i § 3-8 beror også her på om tredjemann «opptrer i forståelse med» aksjeeieren.²⁵⁴ Dette kan ikke besvares generelt, som nevnt bærer vilkåret bud om en konkret vurdering.

Generelt kan det likevel gis uttrykk for at siden det er *påkrevd* med samtykke for at cesjonen skal gjennomføres, får kontakten mellom disse to et mindre preg av samarbeid sammenlignet med cesjon der samtykke ikke er påkrevd. Derfor skal det antakeligvis noe mer til før man kan si at de opptrer «som en felles blokk i selskapet», som forarbeidene uttrykker det.²⁵⁵

Samlet sett er inntrykket at selv om det beror på en konkret vurdering, vil ikke cesjonsavtalen isolert sett vanligvis måtte godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8.

Vanligvis skjer likevel denne cesjonen ut fra en forutgående korrespondanse mellom selskapet og aksjeeieren. Ofte ligger det en gjensidig forpliktende avtale til grunn, der selskapet forplikter seg til å kjøpe kravet fra tredjemann og aksjeeieren påtar seg visse forpliktelser, som å betale renter.

Denne forkontrakten tilfredsstiller isolert sett det personelle kravet i § 3-8 (1). Hvorvidt det å forplikte seg til å inngå en avtale med tredjemann er en «ytelse» etter bestemmelsen, er mer usikkert. Ved drøftelsen av rammeavtaler med kjøpsforpliktelser ble det argumentert for at selve rammeavtalen ikke må behandles på generalforsamlingen etter § 3-8. Fordi man også her forplikter seg til å foreta en rettslig disposisjon, kan det ut fra konsekvensbetraktninger hevdes at forkontrakten ikke innebærer noen «ytelse» fra selskapet, som § 3-8 krever.

Vårt typetilfelle skiller seg likevel prinsipielt sett fra rammeavtaler med kjøpsforpliktelser gjennom at medkontrahenten ved forkontrakten og cesjonen er forskjellige. Mens man kan si at det å forplikte seg til å kjøpe et krav tredjemann har mot aksjeeieren vil være en tjeneste overfor aksjeeieren, kan ikke tilsvarende sies om rammeavtaler med

²⁵³ Ut fra de lovbestemmelser som er nevnt i Hagstrøm s. 886-887, ser det ut til at de fleste lovregulerte begrensningene ikke kan fravikes ved samtykke fra debitor.

²⁵⁴ § 3-8 (4).

²⁵⁵ Ot.prp. nr. 72 (1984-1985) s. 7, se også denne oppgaven pkt. 3.2.

kjøpsforpliktelser. At forpliktelsen skal tilfredsstilles overfor tredjemann, har trolig ikke betydning.²⁵⁶

Antakeligvis vil problemstillingen likevel ikke komme på spissen. Denne forkontrakten og cesjonsavtalen har en meget sterk tilknytning til hverandre allerede på grunnlag av at forkontrakten pålegger selskapet å inngå cesjonsavtalen. Transaksjonen som helhet tilgodeser aksjeeieren, og realøkonomisk er en slik transaksjon prinsipielt sett lik en direkte kredittytelse til aksjeeieren. Avtalene henger dermed meget naturlig sammen. Etter mitt skjønn taler derfor de beste grunner for å vurdere forkontrakten og cesjonsavtalen som helhet opp mot § 3-8 ut fra de gjennomskjæringsbetraktningene jeg presenterte under punkt 2.3.3 og 2.3.4. Og ut fra et slikt perspektiv vil det uansett foreligge en gjensidig bebyrdende avtale, der selskapet forpliktes til å betale for kravet mot aksjeeieren.

Videre vil cesjonen isolert sett normalt ikke måtte følge prosedyrene i § 3-8 (1). Konsekvensen av dette er noe uheldig dersom man ikke kan identifisere forkontrakten og cesjonsavtalen. Det er nemlig cesjonen, og ikke forkontrakten, som utgjør noen trussel for kreditor- og aksjeeierinteressene. Rett nok vil man i en slik situasjon indirekte godkjenne vilkårene i cesjonen gjennom at forkontrakten må følge prosedyrene i § 3-8. Men dersom man ikke ser på cesjonen og forkontrakten under ett, er det kun forkontrakten som kan kjennes ugyldig dersom prosedyrene i § 3-8 ikke følges. I et tilfelle der selskapet ikke har ivaretatt kreditor- og aksjeeierinteressene gjennom å følge prosedyrene i bestemmelsen, vil altså cesjonen likevel bli stående. Hensynet til at formålene bak § 3-8 må ivaretas taler dermed med styrke for at man må se disposisjonene under ett.

Således mener jeg at en må se forkontrakten og cesjonen som én «avtale» etter § 3-8 (1).

Spørsmålet som dermed oppstår er hvorvidt konsekvensen av gjennomskjæring her vil være at man betrakter forkontrakten og cesjonen som en trepartsavtale. I så fall behøver man ikke å vurdere om det personelle kravet er tilfredsstilt for cesjonens del. Alternativt må også cesjonen isolert sett tilfredsstille det personelle kravet, da typisk at tredjemann må «opptre i forståelse med» aksjeeieren ved cesjonen.

Gjennomskjæringsspørsmålet må som tidligere presentert løses ut fra en tolking av begrepet «avtale», og dets kvantitative grenser.²⁵⁷ Det rettsanvenderen må vurdere er hvorvidt man står overfor én eller flere avtaler. Dersom svaret er at transaksjonen som

²⁵⁶ Berge og Gåseide Røsås s. 20.

²⁵⁷ Pkt. 2.3.3.

helhet må betraktes som én «avtale» etter § 3-8 (1), er det også denne som helhet, og ikke bare deler av avtalen, som skal holdes opp mot bestemmelsen. Det er dette som er rettsvirkningen av å identifisere flere kontraktsdokumenter.

Dette tilsier nokså klart at transaksjonen i relasjon til § 3-8 er en trepartsavtale. Man må altså se på transaksjonen som om selskapet, aksjeeieren og tredjemann har satt seg ned og undertegnet ett kontraktsdokument.

En innvending kan her være hensynet til tredjemann. Han vil her kunne oppleve at sikkerhetsstillelsen blir ugyldig, selv uten å ha hatt en slik tilknytning til aksjeeieren som § 3-8 (4) forutsetter. Samtidig må en ha in mente at tredjemann som den store hovedregelen har kjennskap til, eller i alle fall har fått sterke indikasjoner om, dette trepartsforholdet. Hensynet til tredjemann kan derfor ikke være et tungtveiende argument mot løsningen.

Dersom det i den konkrete saken skulle gi seg svært uheldige utslag for tredjemann, vil dette uansett være forhold som vernes gjennom kravet om at det må foreligge en tilstrekkelig nær sammenheng mellom disposisjonene.

Konklusjonen min blir dermed at forkontrakten og cesjonen samlet sett må vurderes opp mot § 3-8. Følgelig er det ikke nødvendig å vurdere om tredjemann gjennom cesjonen «handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med» aksjeeieren etter § 3-8 (4), fordi konsekvensen er at vi står overfor en trepartsavtale der en aksjeeier er medkontrahent.

6.4.3 Anvendelsen av § 3-8 på kredittytelse gjennom intervensjonsbetaling

Svaret på om § 3-8 kommer til anvendelse på selskapets intervensjonsbetaling, er også usikkert. Heller ikke dette spørsmålet er behandlet i juridisk teori eller forarbeider, og en må her sammenholde § 3-8 med alminnelige pengekravsrettslige regler.

Det er en glidende overgang mellom kredittytelser gjennom cesjon og ved intervensjonsbetaling. Mens man ved cesjon betaler for å *erhverve* fordringen, betaler man ved intervensjonsbetaling for at fordringen skal *opphøre*.²⁵⁸ Dermed gjør selskapet ved intervensjonsbetalingen opp gjelden aksjeeieren har hos en tredjemann. Hvorvidt man står overfor en cesjon eller en innfrielse av tredjemanns forpliktelser beror på en tolking av disposisjonene etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Etter alminnelige pengekravsrettslige regler kan ikke kreditor avvise intervensjonsbetalingen med mindre intervensjonsbetaleren ikke har en saklig grunn til å

²⁵⁸ Hagstrøm s. 724.

innfri kravet.²⁵⁹ Dersom selskapet har en rett til å betale aksjeeierens gjeld overfor tredjemann, er det på det rene at det ikke foreligger noen «avtale» etter § 3-8 (1) gjennom betalingen. Og dersom kreditor gir et samtykke der det er påkrevd, foreligger det uansett ingen gjensidig forpliktende «avtale» som § 3-8 (1) som nevnt krever.

Det er imidlertid ikke uvanlig at intervensjonsbetalingen skjer som følge av en forutgående korrespondanse mellom intervensjonsbetaleren og debitor, her selskapet og aksjeeieren. I den grad denne korrespondansen har gitt seg slike utslag at selskapet har forpliktet seg overfor aksjeeieren til å betale sistnevntes gjeld, kan det foreligge en «avtale» etter § 3-8 som må følge prosedyrekravene i bestemmelsen. Her vil det være hjemlet en ytelsesplikt (betalingsforpliktelse) direkte i denne forkontrakten. At ytelsen skal betales overfor tredjemann, har i denne sammenheng trolig ingenting å si.²⁶⁰

Dersom det mellom disse blir avtalt at selskapet ikke skal ha noe regresskrav, eventuelt at selskapet ikke har noe slikt krav etter alminnelige regressregler, foreligger det en ensidig forpliktende avtale som ikke faller inn under området til § 3-8. Et unntak fra dette er der aksjeeieren i forkontrakten pålegges andre forpliktelser enn regress.

Hvis slikt regresskrav blir avtalt, eller at selskapet har et slikt krav etter de alminnelige regler,²⁶¹ må avtalen mellom selskapet og aksjeeieren formentlig behandles på samme måte som et lån. Derfor vil intervensjonsbetaling med regresskrav falle innenfor § 3-8, såfremt det altså foreligger en avtale mellom aksjeeier og selskapet til grunn.

Konklusjonen er derfor at en avtale mellom selskapet og aksjeeieren om intervensjonsbetaling må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8 dersom aksjeeieren må betale regress til selskapet på et senere tidspunkt. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse dersom selskapet ikke har et slikt regresskrav, eller ikke setter andre betingelser for betalingen.

6.5 Selskapets sikkerhetsstillelse til aksjeeier

6.5.1 Generelt

Under dette punktet skal det vurderes om selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier mv. må følge prosedyrene i § 3-8. Som ved behandlingen av de øvrige avtaletypene i denne oppgaven, må dette skje ut fra en vurdering av om man er innenfor

²⁵⁹ Krüger 1984 s. 225.

²⁶⁰ Berge og Gåseide Røsås s. 20.

²⁶¹ Etter alminnelige regressregler har man som utgangspunkt et regresskrav ved intervensjonsbetaling, med mindre man har særskilt hjemmel for unntak, jfr. Rt. 1996 s. 1036. Hagstrøm s. 724 uttrykker likevel at «aktverdig grunn [for betalingen] bør kreves».

ordlyden til § 3-8. I så fall vil man ikke kunne tolke denne bestemmelsen innskrenkende alene på grunn av reglene i §§ 8-7 til 8-9.

Ved behandlingen av denne problemstillingen må det sondres mellom selskapets sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser og sikkerhetsstillelse for noen i personkretsen til § 3-8 sine forpliktelser. Førstnevnte transaksjon har vanligvis kun to parter,²⁶² mens sistnevnte også involverer en tredjemann. Som nevnt tidligere, omfatter §§ 8-7 til 8-9 begge tilfeller siden bestemmelsene ikke forutsetter at partene i avtalen om sikkerhet er selskap og aksjeeier.

Behandlingen av selskapets kredittgivning viste at trepartsforholdene reiser mer intrikate spørsmål enn topartsforholdene. Slik er det også her, og jeg vil derfor fokusere mest på tilfeller der selskapet har stilt sikkerhet til fordel for en aksjeeier for sistnevntes forpliktelser.

Fremstillingen min kommer til å sentrere rundt det tilfelle der forpliktelsen sikkerhetsstillelsen referer til er et pengekrav. Jeg vil også fokusere på at det er stilt sikkerhet for pengekravet, og ikke for eksempel for aksjeeierens soliditet eller lignende. Løsningene i den videre fremstillingen vil muligens ikke la seg overføre til tilfeller der disse forutsetningene ikke er tilstede.

Først vil jeg imidlertid ta for meg grensedragningen mellom sikkerhet for egne eller aksjeeierens forpliktelser, før jeg går inn på selskapets sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser overfor en aktør som faller innenfor personkretsen til § 3-8. Til slutt vil altså sikkerhetsstillelse til fordel for en aksjeeiers forpliktelser behandles.

6.5.2 Sikkerhet for egne eller aksjeeierens forpliktelser?

Ved vurderingen av om selskapets sikkerhetsstillelse må følge prosedyrene i § 3-8, har det en vesentlig betydning å avklare hvorvidt det er snakk om sikkerhetsstillelse for egne eller aksjeeierens forpliktelser. Ved egenfinansiering oppstår det som regel ikke noe trepartsforhold, slik at det personelle kravet i § 3-8 blir enklere å vurdere.

Utgangspunktet må tas i de avtaler som inngås; en må se på hvem som er de formelle kontraktsparter. Dersom det er snakk om avtaler der selskapet skal stille sikkerhet for morselskapets forpliktelser, vil det som regel være et trepartsforhold. Og motsatt dersom selskapet skal stille sikkerhet for selskapets egne forpliktelser, her foreligger kun et topartsforhold.

²⁶² Sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser kan også skje gjennom en avtale mellom selskapet og for eksempel en bank om at sistnevnte skal stille sikkerhet for selskapets forpliktelser, se pkt. 6.5.3.

Særlige spørsmål oppstår imidlertid der selskapet inngår i et konsern, underlagt et morselskap, der det stiller sikkerhet for morselskapets lån fra tredjemann. Det kan i slike tilfeller vurderes hvorvidt sikkerhetsstillelsen «kan oppfattes som en avtale om datterselskapets egen finansiering», slik at avtalen faller utenfor personkretsen i § 3-8.²⁶³

Også ved denne vurderingen står Rt. 1997 s. 840 (Merita Bank) sentralt, som jeg presenterte under pkt. 2.3.3. Spørsmålet var om datterselskapet hadde stilt sikkerhet som gikk utover begrensningene i asl. 1976 § 12-10, som stort sett tilsvarer dagens § 8-7.

Høyesterett mente at sikkerheten falt utenfor § 12-10, og begrunnet dette med at man «i realiteten [stod] overfor en sikkerhetsstillelse som [datterselskapet] gjorde for eget lån».²⁶⁴ Retten fravek dermed selskapenes opprinnelige egne rubriseringer av avtalene.

Årsakene til denne formen for gjennomskjæring er mange. For det første var formålet med låneopptakene at datterselskapet skulle kjøpe nye lokaler, altså ble ikke lånet tatt opp av morselskapets egne interesser. Videre fremgikk det allerede av kjøpekontrakten med eiendomsselgeren at datterselskapets vederlag skulle skaffes til veie ved lån, og «kjøpesummen inkludert merverdiavgift [svarte] nøyaktig til det beløp som datterselskapet lånte» fra morselskapet.²⁶⁵ Hertil kom også at det beløpet som skulle overføres til datterselskapet fremgikk av valutalisenssøknad.

Dommen gjaldt riktignok et annet regelsett enn § 3-8, men etter alt å dømme vil man kunne argumentere etter samme mønster også her ved spørsmålet om selskapet stiller sikkerhet for sine egne eller aksjeeierens forpliktelser.²⁶⁶ Rekkevidden til dommen må imidlertid ses i lys av de spesielle forholdene i saken. Blant annet kan den nok ikke tas til inntekt for at § 3-8 «ikke kommer til anvendelse der sikkerhetsstillelsen inngår i en mer omfattende finansiering av konsernet».²⁶⁷ At aksjeeieren er et morselskap for selskapet etter § 1-3 er dermed ikke i seg selv tilstrekkelig til at § 3-8 ikke kommer til anvendelse.

Sikkerhetsstillelse for lån som «skal ligge som en kapitalreserve i morselskapet for å møte fremtidige investeringsbehov i datterselskapet», vil på den andre siden antakeligvis kunne innebære en gjennomskjæring som gjøres i dommen.²⁶⁸

²⁶³ Bråthen 2011 s. 50.

²⁶⁴ Dommens side 843.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Bråthen 2011 s. 51.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

Selv om utgangspunktet må tas i hvem som er de formelle kontraktsparter for hovedforpliktelsen og sikkerhetsstillelsen, har man altså en viss åpning gjennom dommen til å se transaksjonens realiteter.

6.5.3 Anvendelsen på sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser

Det kan være at selskapet har inngått eller skal inngå en avtale med en aksjeeier der sistnevnte av ulike årsaker krever sikkerhet for at selskapet skal oppfylle sine forpliktelser. Vanligvis vil sikkerheten avtales direkte mellom selskapet og aksjeeieren, noe som gjør at det personelle kravet i § 3-8 (1) er tilfredsstilt.

Under dette punktet vil jeg ikke behandle tilfeller der selskapet stiller sikkerhet til fordel for aksjeeieren for egne forpliktelser gjennom tredjemann, typisk en bank («bankgarantier»). Involveringen av tredjemann ved sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeieren er karakteristisk for sikkerhetsstillelse for aksjeeierens forpliktelser, og vurderingen av typetilfellet må gjøres ut fra de samme vurderingstema som der tredjemann involveres for å sikre selskapets egne forpliktelser overfor aksjeeieren. Antakeligvis er man likevel som regel innenfor både «avtale»-vilkåret og det personelle kravet i (4).

En må her skille mellom tilfeller der sikkerhetsstillelsen er nedfelt en avtale som stifter hovedforpliktelsen, og der sikkerhetsstillelsen er gitt løsrevet fra stiftelsen av forpliktelsen, enten fordi aksjeeieren er ufrivillig kreditor eller forpliktelsen er stiftet gjennom en formelt sett annen avtale.

I førstnevnte tilfelle må en se sikkerhetsstillelsen som kun en del av den større avtalen. Vanligvis vil det stiftes forpliktelser også for aksjeeieren i denne avtalen, som gjør at § 3-8 kommer til anvendelse. Hvis avtalen mot formodning kun forplikter selskapet foreligger det en ensidig forpliktende avtale, som faller utenfor virkeområdet til § 3-8.²⁶⁹

Det hender imidlertid at sikkerhetsstillelsen stiftes gjennom en formelt sett annen avtale enn hovedforpliktelsen. Det kan for eksempel være at selskapet sliter med driften, og aksjeeieren stiller som forutsetning for å ikke heve en avtale at det gis pantesikkerhet for selskapets oppfyllelse. Eller det kan være at partene i en forhandlingssituasjon først er enige om innholdet i hovedforpliktelsen og undertegner denne, samtidig som at de ikke er kommet fullstendig til enighet omkring vilkårene for sikkerhetsstillelsen.

Der selskapet stiller sikkerhet for sine egne forpliktelser er det ikke vanlig at aksjeeieren må betale eller blir forpliktet til noe for å få denne sikkerheten, ettersom sikkerhetsstillelsen skal bøte på en større eller mindre risiko ved hovedforpliktelsen. Det som på mange måter blir «betalingen» for sikkerheten blir således for eksempel at

²⁶⁹ Se pkt. 2.2.

avtalen i det hele tatt inngås. Dermed foreligger det gjennom stiftelsen av sikkerheten isolert sett som regel ingen gjensidig forpliktende avtale, som § 3-8 krever.

Følgelig oppstår spørsmålet om en skal se sikkerhetsstillelsen i sammenheng med hovedforpliktelsen, slik at det er disse to rettsforhold totalt sett som må utgjøre en «avtale» etter § 3-8 (1). Dette beror på om det foreligger en tilstrekkelig nær objektiv sammenheng mellom avtalene.²⁷⁰

Etter min mening må dette som den store hovedregel besvares bekreftende. Sikkerheten er ikke til for seg selv, den skal sørge for at kreditor ikke skal lide tap som følge av hovedforpliktelsen til debitor. Se Smith s. 22 om kausjoner: «Kausjonen er en kontrakt med et bestemt formål, nemlig å gi kreditor større sikkerhet for at hun får dekning». Dermed må man som regel se på avtalen om sikkerhetsstillelse og avtalen om hovedforpliktelsen under ett i relasjon til § 3-8.

Saken stiller seg imidlertid annerledes der det stilles sikkerhet for en forpliktelse som ikke har avtalerettslig grunnlag. Dette kan skje der aksjeeieren har en fordring mot selskapet på erstatningsrettslig grunnlag, og selskapet av ulike grunner stiller sikkerhet for dette kravet. Det kan for eksempel være at det å stille sikkerhet vil bedre utsiktene for at det inngås en annen gunstig avtale på et senere tidspunkt.

Her vil det ikke foreligge noen bakenforliggende avtale, og man står da igjen med det som vanligvis er en ensidig forpliktende sikkerhetsstillelse.²⁷¹ Dermed vil ikke denne alene falle inn under § 3-8. Som antydnet tidligere, vil generalforsamlingsbeslutning likevel være nødvendig dersom aksjeeieren mot formodning også forpliktes ved sikkerhetsstillelsen, for eksempel gjennom å måtte betale garantiprovisjon.

Det kan likevel spørres om ikke «avtale» må tolkes innskrenkende for selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeieren der man sikrer selskapets egne forpliktelser.

Selskapets sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser skiller seg prinsipielt sett fra tilfeller der det stiller sikkerhet for andres forpliktelser. Det er kun i sistnevnte tilfelle at man har en risiko for svekkelse av selskapskapitalen; sikkerhetsstillelsen skal i førstnevnte tilfelle bare sikre et *annet* krav selskapet har mot seg. Dermed er funksjonen til sikkerhetsstillelsen i slike tilfeller begrenset til å styrke aksjeeierens dekningsutsikter. At selskapskapitalen ikke trues her, kan tale for at man må tolke «avtale» innskrenkende på dette punktet.

²⁷⁰ Se pkt. 2.3.3.

²⁷¹ Se pkt. 6.5.4.2 om begrunnelsen for at en sikkerhetsstillelse isolert sett er en ensidig forpliktende disposisjon.

Bestemmelsen skal imidlertid sikre åpenhet omkring avtaler mellom selskapet og aksjeeierne, blant annet av hensyn til kreditorene.²⁷² Selskapets sikkerhetsstillelse for eldre forpliktelser er verken kredittskapende eller gir bedre betingelser for hovedforpliktelsen. Den innebærer samtidig en presumtivt utilbørlig begunstiging av aksjeeieren som kreditor på bekostning av de øvrige. Det er nettopp derfor man har en omstøtelsesregel for sikkerhetsstillelse for eldre gjeld i dekningsloven²⁷³ § 5-7.²⁷⁴ Sikkerhetsstillelsen til fordel for aksjeeieren svekker dermed dekningsutsiktene til de øvrige kreditorene. Det vil også kunne innebære et brudd på likhetsgrunnsetningen etter § 4-1.

Derfor taler de beste grunner for at man ikke tolker § 3-8 innskrenkende for selskapets sikkerhetsstillelser for eldre forpliktelser. Når det gjelder selskapets sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser der sikkerheten avtales samtidig med hovedforpliktelsen, må sikkerhetsstillelsen, som nevnt, ses som en del av avtalen som må vurderes etter § 3-8. En innskrenkende tolking er derfor uaktuelt i slike tilfeller.

Konklusjonen er således at selskapets sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser som regel vil utgjøre en «avtale» etter § 3-8 (1), med mindre hovedforpliktelsen altså ikke er stiftet i en gjensidig forpliktende avtale.

6.5.4 Anvendelsen på sikkerhetsstillelse for aksjeeieren mv. sine forpliktelser

I en transaksjon der en person skal stille sikkerhet for andres forpliktelser, vil saksgangen og partsforholdene være vesentlig annerledes enn der vedkommende skal stille sikkerhet for sine egne forpliktelser. Der selskapet skal stille sikkerhet for aksjeeierens forpliktelser, reiser anvendelsen av § 3-8 særlige spørsmål.

Vanligvis vil en transaksjon der selskapet skal stille sikkerhet for sine egne forpliktelser være flerleddet. Hovedforpliktelsen etableres, det avtales at denne hovedforpliktelsen skal sikres på en nærmere angitt måte og til slutt etableringen av sikkerheten. Partsforholdet ved alle disse leddene ved sikkerhetsstillelse for egne forpliktelser vil vanligvis være mellom to personer: kreditoren og debitoren for hovedkravet.

Der selskapet skal stille sikkerhet for aksjeeierens forpliktelser kompliseres bildet. Her er det aksjeeieren og tredjemann som avtaler etableringen av hovedforpliktelsen og hvordan denne skal sikres. Ved selve etableringen av sikkerheten er partene selskapet og tredjemann. På grunn av den nære tilknytningen mellom selskapet og aksjeeier vil denne

²⁷² Se pkt. 1.4.1.

²⁷³ Lov av 8. juni 1984 nr. 59.

²⁷⁴ Andenæs 2009 s. 264.

sikkerhetsstillelsen vanligvis ikke skje gjennom intervensjon, men basert på en forutgående korrespondanse mellom selskap og aksjeeier. Smith kaller denne korrespondansen for «forkontrakten».²⁷⁵

Teorien har drøftet denne transaksjonstypen opp mot § 3-8 ut fra forskjellige tilnærmingsmåter. Mens Bråthen og Hafstad vurderer forkontrakten og sikkerhetsstillelsen isolert fra hverandre,²⁷⁶ ser Stokke disse to samlet sett ved vurderingen av om generalforsamlingsbehandling er nødvendig.

I det følgende skal jeg først presentere mine vurderinger av anvendelsen av § 3-8 ut fra tilnærmingsmåten til Bråthen og Hafstad. Deretter skal jeg redegjøre for hvorfor Stokkes standpunkt antakeligvis er den beste tilnærmingsmåten, selv om jeg er noe uenig i begrunnelsen hennes.

6.5.4.1 Anvendelsen av § 3-8 på forkontrakten isolert sett

Forutsetningen er her at selskapet overfor aksjeeieren har forpliktet seg til å stille sikkerhet for aksjeeierens forpliktelse. Spørsmålet er her om man trenger generalforsamlingsbehandling av forkontrakten.

Dersom situasjonen er slik at selskapet overfor aksjeeieren ikke har forpliktet seg rettslig til å stille sikkerhet, vil det ikke være noen «avtale» etter § 3-8 å godkjenne. Dette kan være der det er tale om en intervensjonssikkerhetsstillelse, altså at det stilles sikkerhet uten at aksjeeieren har anmodet om det. Det kan også være at aksjeeieren har anmodet selskapet om å stille sikkerhet uten at samtale mellom partene har resultert i noen rettslig forpliktende avtale. I slike tilfeller vil § 3-8 naturligvis ikke komme til anvendelse. Hvorvidt det foreligger en forpliktende avtale, beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper om binding.

Denne forkontrakten tilfredsstiller naturlig nok det personelle kravet i § 3-8, ettersom den er inngått med aksjeeieren. Spørsmålet er om det foreligger en «avtale», slik dette begrepet må tolkes i § 3-8 (1). Dette beror på om begge parter er forpliktet, og om selskapet er forpliktet til å prestere en ytelse med økonomisk verdi.

I dette tilfellet har selskapet forpliktet seg til å stille sikkerhet for aksjeeierens forpliktelse. En sikkerhet kan gis på forskjellige måter overfor kreditoren, og den kan enten stilles gjennom en gjensidig forpliktende avtale eller et ensidig forpliktende løfte.²⁷⁷ Det er altså avgjørende her om det å forplikte seg til å foreta en slik rettslig disposisjon vil være en «ytelse» etter § 3-8 (1).

Ved behandlingen av forkontrakten ved cesjoner ble det trukket paralleller til rammeavtaler med kjøpsforpliktelser, og jeg kom der til at det å forplikte seg til å kjøpe

²⁷⁵ Smith s. 28.

²⁷⁶ Disse to sentrerer også drøftelsen rundt datterselskapets garantistillelse for morselskapets lån.

²⁷⁷ Se neste pkt.

en fordring fra tredjemann vil være en tjeneste som tilfredsstiller ytelsesvilkåret i § 3-8 (1). Tilsvarende betraktninger som fremstilt der vil gjøre seg gjeldende ved behandlingen av forkontrakten ved selskapets sikkerhetsstillelse for aksjeeierens forpliktelser. Også i et tilfelle som dette kan man si at man yter en tjeneste for aksjeeieren ved forkontrakten.

Videre er det antakeligvis uten betydning at forpliktelsen skal oppfylles overfor en tredjemann.²⁷⁸ Det er også på det rene at det å forplikte seg til å stille sikkerhet har en økonomisk verdi, dette viser seg på daglig basis for eksempel i finansmarkedet.

Støtte for at forkontrakten tilfredsstiller de krav til forpliktelser som § 3-8 oppstiller finner jeg også i at en avtale om å stille sikkerhet kan tvangsfullbyrdes etter tvangsfullbyrdelsesloven²⁷⁹ § 13-13.²⁸⁰

Denne tilnærmingsmåten reiser visse problemer med tanke på dobbeltbehandling i generalforsamlingen, som også ble anført i forbindelse med rammeavtaler. Konsekvensen av løsningen vil nemlig kunne medføre at både forkontrakten og sikkerhetsstillelsen må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8.

Det neste spørsmålet er hvorvidt også aksjeeieren blir forpliktet gjennom forkontrakten. Hafstad mener at siden aksjeeieren som alminnelig utgangspunkt «er pliktig til å svare garantiprovisjon», vil § 3-8 «i utgangspunktet også komme til anvendelse på forkontrakten».²⁸¹

Vurderingen til Hafstad tar likevel utgangspunkt i galt premiss. Det avgjørende her er hvorvidt den konkrete avtalen *faktisk* er gjensidig forpliktende, ikke hvorvidt avtalen *skulle ha vært* gjensidig forpliktende. Her kan jeg vise til pkt. 2.2. Med andre ord: Det er irrelevant i denne vurderingen om avtalen *egentlig* skulle ha forpliktet aksjeeieren til å yte vederlag for sikkerheten ut fra blant annet § 3-9.

Samtidig er jeg enig med Hafstad i at forkontrakten vanligvis vil være en «avtale» etter § 3-8 (1), men da på et annet grunnlag. I Rt. 1997 s. 1029 på s. 1036 uttalte Høyesterett at den som har dekket en annens forpliktelse, «normalt og som utgangspunkt, har et regresskrav i behold. Det er avskjæring av regress som krever særskilt hjemmel». Og når det som her ligger en anmodning til grunn for sikkerhetsstillelsen, «må det være en naturlig forståelse at kausjonisten skal holdes skadesløs hvis kausjonsansvaret blir aktuelt».²⁸²

²⁷⁸ Berge og Gåseide Røsås s. 20.

²⁷⁹ Lov 26. juni 1992 nr. 86.

²⁸⁰ Slik også Hafstad s. 17.

²⁸¹ Hafstad s. 20.

²⁸² Hagstrøm s. 712.

Nå er det riktignok slik at regresskravet i seg selv ikke kan ses på som en motytelse som følge av sikkerhetsstillelsen på samme måte som et vederlag for sikkerhetsstillelsen. Regress kommer bare inn i bildet dersom sikkerhetsstillelsen materialiseres. Samtidig er det, som jeg presenterte under pkt. 2.2, ikke noe krav om at aksjeeierens forpliktelse kan kalles for hovedytelse eller lignende. Også det latente regresskravet må anses som en relevant forpliktelse ved vurderingen av om det foreligger en «avtale» eller ikke.

Dersom aksjeeieren derimot ikke forpliktes til å betale regress ved en eventuell utløsning av sikkerhetsstillelsen, alternativt at han ikke påtas andre forpliktelser, vil det naturligvis ikke foreligge noen «avtale» etter § 3-8 (1).

Konsekvensen av dette er at også aksjeeieren som den store hovedregelen, gjennom sikkerhetsprovisjon og/eller regress, blir forpliktet gjennom forkontrakten. Dermed er det vanligvis en gjensidig forpliktende «avtale» etter § 3-8 (1).

6.5.4.2 Anvendelsen av § 3-8 på sikkerhetsstillelsen isolert sett

Hvorvidt selve sikkerhetsstillelsen må godkjennes etter prosedyrene i § 3-8 reiser vanskelige spørsmål. Partsforholdet i selve sikkerhetsstillelsen vil være mellom selskapet og tredjemann. Både hvorvidt det foreligger en «avtale» etter (1) og om det personelle vilkåret er tilfredsstillt, er diskutabelt. Jeg skal først vurdere om selskapets sikkerhetsstillelse vil være en «avtale».

At selskapet gjennom sikkerhetsstillelsen påtar seg en ytelsesforpliktelse er på det rene. Det omtvistede punktet her er hvorvidt tredjemann, altså kreditor for hovedfordringen, også blir forpliktet gjennom sikkerhetsstillelsen.

Undertiden brukes begrepet «avtale» om sikkerhetsstillelser, man taler gjerne om en panteavtale eller en kausjonsavtale. Blant annet bruker finansavtaleloven²⁸³ kapittel 4 begrepet «kausjonsavtale». Å legge avgjørende vekt på dette ville imidlertid ha vært uheldig begrepsjurisprudens.

I en slik transaksjonstype som vi her står overfor vil tredjemann ikke nødvendigvis forplikte seg overfor selskapet. Motytelsen, i den grad dette blir et treffende begrep her, for sikkerhetsstillelsen fra tredjemann er typisk at han i det hele tatt inngår avtalen som stifter hovedforpliktelsen for aksjeeieren, eller at han det gis lempeligere vilkår for aksjeeieren, som rentenivå. Dette er likevel forhold som vanligvis blir regulert i stiftelsen av hovedfordringen, og ikke sikkerhetsstillelsen.

²⁸³ Lov 25. juni 1999 nr. 46.

Nå kan det selvsagt innvendes at partene ofte undertegner et kontraktsdokument som uttrykker enighet vedrørende sikkerhetsstillelsen. Samtidig vil vilkårene i dette dokumentet normalt være begrenset til å regulere innholdet i og gjennomføringen av sikkerhetsstillelsen, som altså ikke er forpliktelser tredjemann påtar seg. En bedre karakteristik er det å betegne det som *betingelser* som knytter seg direkte og alene til hva det er selskapet skal yte, og ikke forpliktelser for tredjemann.

Støtte for standpunktet kan man finne hos Brækhus, som omtaler prosessen ved etableringen av pantesikkerhet. Etter å ha presentert de ulike leddene i en slik prosess, påpekes det at etableringen av pantesikkerhet er «ensidige disposisjoner som pantsetteren kan foreta i sin egenskap av eier av pantet».²⁸⁴ Illustrerende nok er det også «likegyldig om kreditor er myndig eller umyndig»; en egenskap som er en forutsetning for å kunne påta seg rettslige forpliktelser.²⁸⁵

Videre uttales det i forarbeidene til avtaleloven § 36 at «[e]t kausjonsløfte vil kunne være en ensidig bindende disposisjon i de tilfelle hvor kausjonisten ikke mottar noe vederlag for sin kausjonsstillelse eller ikke har noen egen økonomisk interesse av sitt kausjonsløfte».²⁸⁶ Siden vederlaget vanligvis kommer fra aksjeeieren, og ikke tredjemann, og selskapet som den store hovedregelen ikke har noen selvstendig økonomisk interesse av løftet, må forarbeidsuttalelsen underbygge standpunktet om at en sikkerhetsstillelse normalt ikke vil være en «avtale» etter § 3-8 (1).

Uten at det skal gås inn på en større diskusjon om dette, kan det spørres om det at kausjonisten har en selvstendig økonomisk interesse i kausjonen i seg selv skal medføre at kausjonsstillelsen skal være gjensidig forpliktende. Det avgjørende er jo om kreditoren påtar seg forpliktelser, ikke hvilke interesser kausjonisten har i kausjonen. En mulig tilnærmingstype her kan være at man sier at kreditoren forpliktes til å ta imot sikkerhetsstillelsen.

Masteroppgaven til Hafstad og artikkelen til Bråthen tar opp selskapets sikkerhetsstillelse til fordel for morselskap til bred vurdering. Ingen av dem går imidlertid inn på en vurdering av spørsmålet om sikkerhetsstillelsen vil være en gjensidig forpliktende avtale. Hafstad er ikke borti spørsmålet i det hele tatt, og fokuserer kun på det personelle vilkåret.

Bråthen skriver at ordlyden i § 3-8 ikke gjør «noe unntak for datterselskapets sikkerhetsstillelse for morselskapets lån», og gir dermed uttrykk for at

²⁸⁴ Brækhus s. 305.

²⁸⁵ *Ibid* s. 352.

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 19.

sikkerhetsstillelsen faller inn under ordlyden til bestemmelsen.²⁸⁷ Han trekker ikke klart frem hva som eventuelt er tredjemanns forpliktelse.

Senere skriver han imidlertid: «At långivers ytelse ikke skal oppfylles overfor datterselskapet, men derimot skal oppfylles til morselskapet, kan ikke være avgjørende.»²⁸⁸ Det ser dermed ut som at han mener at kredittytelsen er tredjemanns forpliktelse ved sikkerhetsstillelsen.

Det er noe vanskelig å vurdere dette standpunktet fordi det er uklart hvilket grunnlag han bygger det på. Et alternativ er at han mener at tredjemann alltid påtar seg en slik forpliktelse til å gi morselskapet lån ved selve garantistillelsen fra datterselskapet. Jeg tror ikke dette er en korrekt betraktningsmåte. Undertiden er selve hovedfordringen stiftet først, men med en betingelse om at det stilles sikkerhet fra datterselskapet. Jeg kan ikke se hvordan man i slike tilfeller skal tolke sikkerhetsstillelsen til at tredjemann forplikter seg til å yte noe den allerede har forpliktet seg til.

Samtidig kan det nok tenkes at sikkerhetsstillelsen må tolkes slik at tredjemann påtar seg å inngå en avtale med aksjeeieren. Dette skjer likevel sjelden, og kan uansett ikke tas til inntekt for at sikkerhetsstillelser *etter sin natur* er gjensidig forpliktende.

Alternativt ser han stiftelsen av hovedforpliktelsen og sikkerhetsstillelsen under ett ut fra gjennomskjæringsbetraktninger. Ut fra den senere drøftelsen til Bråthen er det lite trolig at det er dette som er grunnlaget for hans standpunkt. Konsekvensen av at man betrakter sikkerhetsstillelsen og stiftelsen av hovedfordringen som én «avtale», vil være at man har inngått en trepartsavtale om selskapet inngår med blant annet aksjeeier. Dermed vil det ikke være nødvendig å gå inn på en vurdering av om tredjemann «opptrer i forståelse med» aksjeeieren ved sikkerhetsstillelsen, som Bråthen senere gjør.²⁸⁹

Hertil kommer også at Bråthen har et snevrere syn på gjennomskjæringsspørsmålet enn meg, idet han antakeligvis reserverer identifikasjon til omgåelsestilfellene.²⁹⁰ Og i en slik transaksjonstype som vi her står over kan man vanskelig si at oppspaltingen av sikkerhetsstillelsen og stiftelsen av hovedfordringen er motivert av et ønske om å omgå § 3-8.

Dermed fremstår det som veldig usikkert hva som er grunnlaget for Bråthens standpunkt om at tredjemann har forpliktet seg overfor selskapet til å yte lån til morselskapet. Som

²⁸⁷ Bråthen 2011 s. 44.

²⁸⁸ *Ibid* s. 50.

²⁸⁹ Se mer om dette tolkingsspørsmålet under neste punkt.

²⁹⁰ Se pkt. 2.3.2 (om gjennomskjæring).

fremstillingen min for øvrig har vist, vil tredjemann ved sikkerhetsstillelsen vanligvis ikke forplikte seg overfor selskapet i et slikt typetilfelle som vi står overfor.

Konklusjonen min er derfor at sikkerhetsstillelser i et slikt typetilfelle som vi står overfor her, normalt vil være ensidig forpliktende og dermed ikke tilfredsstillende grunnvilkåret «avtale» i § 3-8 (1).

Dersom man først kommer til at sikkerhetsstillelsen er en «avtale», må en vurdere om denne tilfredsstiller det personelle kravet. Ettersom tredjemann ikke faller inn under § 3-8 (1), må denne vurderingen sentreres rundt spørsmålet om vedkommende «handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med» aksjeeieren etter § 3-8 (4). Her vil det være alternativet «opptrer i forståelse med» aksjeeieren som vanligvis byr på problemer.

Undertiden kan det være at aksjeeieren også er part i selve sikkerhetsstillelsen ut fra alminnelige avtalerettslige prinsipper om binding.²⁹¹ Hovedregelen er at sikkerhetsstillelsens parter kun er kreditor og den som stiller sikkerhet, men unntak fra dette kan gjøres der «morselskapet og banken kan betraktes som én kontraherende part».²⁹² Der ordlyden i avtalen ikke løser dette spørsmålet, vil det være sentralt om det i selve sikkerhetsstillelsen reguleres aksjeeierens provisjonsforpliktelse eller selskapets regresskrav mot aksjeeieren.²⁹³

Siden jeg mener at avtalevilkåret her ikke vil være tilfredsstillende, samt at jeg mener at Stokkes tilnærmingsmåte til problemkomplekset er bedre enn Bråthen og Hafstads, gås ikke dypt inn på dette spørsmålet.

Bråthen gir uttrykk for at der selskapet garanterer for morselskapets lån, vil § 3-8 (4) vanligvis være tilfredsstillende. Han begrunner dette med at garantistillelsen kommer i stand fordi morselskapet har søkt om lån, at morselskapet må ha lagt forholdene til rette for garantistillelsen og at garantien stilles for at morselskapet skal få det aktuelle lånet.²⁹⁴

Som begrunnelsen indikerer, har Bråthen antakeligvis tatt et galt utgangspunkt. Han argumenterer som om det er identifikasjon mellom selskapet og aksjeeieren som skal vurderes. Han skriver også uttrykkelig at «[d]et er flere grunner til at *datterselskapet* normalt må anses for å opptre i *forståelse med morselskapet* i forbindelse med sikkerhetsstillelsen».²⁹⁵ Ordlyden i § 3-8 (4) er imidlertid klar på at det er *tredjemann* man skal vurdere om «handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med» aksjeeieren. Det er *ikke selskapet* som skal opptre som en felles blokk med aksjeeieren.

²⁹¹ Hafstad s. 14 med videre henvisninger.

²⁹² *Ibid*, med henvisning til Rt. 1980 s. 1109.

²⁹³ *Ibid*.

²⁹⁴ Bråthen 2011 s. 52.

²⁹⁵ *Ibid* (min kursivering).

Stokke fremhever på sin side at siden tredjemann «opptrer i egen interesse i et tilfelle som dette, og banken er en reell forretningsmessig begrunnet part, og ikke en stråmann eller lignende som typisk vil rammes», antar hun at man ikke vil være innenfor § 3-8 (4).²⁹⁶ Hun peker her etter min mening på noe ganske sentralt; at banken handler ut fra egeninteresser ved sikkerhetsstillelsen, vil være et nokså tungtveiende argument mot å se det slik at aksjeeieren og tredjemann opptrer som hovedregel som en felles blokk.

Samtidig kan det være grunn til å være skeptisk til at dette forholdet gjør at man ikke kan identifisere tredjemann og aksjeeier helt generelt etter § 3-8 (4). Blant annet kan det pekes på at både långiver og aksjeeieren drar fordeler av sikkerhetsstillelsen. Hvis vi bruker låneavtaler som eksempel, vil aksjeeieren få tilfredsstilt et likviditetsbehov. Tredjemann vil på sin side nyte godt av renteinntekter. Sikkerhetsstillelsen vil medføre at aksjeeieren i det hele tatt får lånt penger, eventuelt på bedre vilkår enn uten sikkerheten, og tredjemann vil ha forbedret sine dekningsutsikter. Dette interessefellesskapet vil gjøre at man ikke generelt kan hevde at tredjemann ikke «opptrer i forståelse med» aksjeeieren etter § 3-8 (4).²⁹⁷

Hertil kommer også variabler i de konkrete tilfellene, som at långiver og aksjeeier har hatt en viss korrespondanse om sikkerhetsstillelsen. Dette gjør at det vil være umulig å gi et generelt svar på spørsmålet, selv om man kan angi visse generelle utgangspunkt.

I denne sammenhengen vil § 8-7 (3) nr. 2 kunne være relevant. I bestemmelsen fremgår det at datterselskapets «sikkerhetsstillelse til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern» er unntatt fra de materielle begrensningene i § 8-7 (1). Her har lovgiveren vurdert det slik at det ikke er nevneverdig risiko for tapping av kapitalen i datterselskapet. Der det ellers er tvil om man er innenfor (4) ved slike konsernsikkerhetsstillelser, kan formålsbetraktninger med tyngde tale for at det personelle kravet ikke er tilfredsstilt.²⁹⁸ En annen tilnærmingstype vil kunne være at man anfører at unntaket i § 3-8 (1) nr. 4 kommer til anvendelse.

I et tilfelle der selskapet stiller sikkerhet for aksjeeierens forpliktelser, vil selve sikkerhetsstillelsen som hovedregel ikke være en «avtale» etter § 3-8 (1). I tillegg er det nokså usikkert om det personelle kravet i § 3-8 er tilfredsstilt ved slike disposisjoner.

²⁹⁶ Stokke s. 36.

²⁹⁷ Hafstad s. 28.

²⁹⁸ Slik også Hafstad s. 34.

6.5.4.3 En alternativ innfallsvinkel til anvendelsen av § 3-8

Selv om denne typen sikkerhetsstillelser som hovedregel ikke må godkjennes på generalforsamlingen etter § 3-8 isolert sett, inngår den vanligvis som en del av en større transaksjon med flere avtaler. For det første har man som regel en avtale mellom aksjeeieren og tredjemann der hovedforpliktelsen er stiftet. Videre har man undertiden en forkontrakt mellom selskapet og aksjeeieren som vil kunne falle inn under § 3-8. En alternativ innfallsvinkel til spørsmålet om selskapets sikkerhetsstillelse for aksjeeierens forpliktelser kan derfor være å spørre om sikkerhetsstillelsen må godkjennes på generalforsamlingen som en del av en større transaksjon, basert på gjennomskjæringssynspunktene presentert i pkt. 2.3.3 og 2.3.4.

Problemet med å se sikkerhetsstillelsen og rettsforholdet som stiftet hovedforpliktelsen som én «avtale» etter § 3-8 (1), er at selskapet ikke er innblandet i stiftelsen av hovedforpliktelsen i det hele tatt. Verken realøkonomiske hensyn eller effektivitetshensyn, som gjennomskjæringsvurderingen særlig skal bygges på, taler derfor for en slik tilnærmingssmåte.

Mer nærliggende er det å vurdere identifikasjon mellom sikkerhetsstillelsen og en eventuell forkontrakt mellom selskapet og aksjeeieren. Siden sikkerhetsstillelsen som nevnt vanligvis er ensidig forpliktende, vil det som regel være en forutsetning for at dette spørsmålet er relevant at aksjeeieren er forpliktet gjennom forkontrakten. Ettersom selskapet som den store hovedregelen har et regresskrav mot aksjeeieren, vil transaksjonen som helhet vanligvis tilfredsstillе vilkåret «avtale» i § 3-8 (1).

Som presentert under pkt. 2.3.3, er det avgjørende her om det objektivt sett foreligger en tilstrekkelig nær sammenheng mellom de formelt sett forskjellige kontraktsdokumentene. Denne vurderingen er utpreget funksjons- og formålsorientert.

Situasjonen er her at selskapet gjennom forkontrakten er blitt forpliktet til å stille sikkerhet for aksjeeieren; det er sikkerhetsstillelsen som vil tilfredsstillе selskapets forpliktelser etter forkontrakten. Avtalene vil både klart avhenge av hverandre og henge naturlig sammen, momenter fremhevet som spesielt fremtredende under pkt. 2.3.4. Den økonomiske realiteten i transaksjonen fremkommer først dersom en ser begge disposisjonene under ett; det er aksjeeieren som tilgodeses gjennom disposisjonene. Hertil kommer også at aksjeeieren og tredjemann har stiftet hovedfordringen, som sikkerheten skal sikre, hvilket forsterker inntrykket av at disposisjonene har en meget nær tilknytning til hverandre.

Videre vil man stå overfor samme problem som ved kredittytelse gjennom cesjon dersom man ikke identifiserer forkontrakten og sikkerhetsstillelsen. Også i typetilfellet her er det sikkerhetsstillelsen, og ikke forkontrakten, som gjør at selskapskapitalen trues. Og konsekvensen av å ikke foreta gjennomskjæring vil være at sikkerhetsstillelsen vil bestå der prosedyrene i § 3-8 ikke følges, fordi sikkerhetsstillelsen isolert sett ikke vil tilfredsstille vilkårene for at prosedyrekravene i bestemmelsen kommer til anvendelse. Hensynet til at formålene bak § 3-8 må ivaretas taler således også her med styrke for at man må se disposisjonene under ett.

Dette er en løsning også Stokke har anført.²⁹⁹ Hafstad er uenig med Stokke i hvordan hun bruker uttalelser fra Bråthen.³⁰⁰ Siden jeg og Bråthen har et ulikt syn på i hvilken grad rettsanvenderen kan foreta gjennomskjæring, er denne diskusjonen ikke relevant for denne fremstillingen.

Den andre innvendingen til Hafstad er at dersom man ser forkontrakten og garantistillelsen under ett, vil «kretsen av personer som er omfattet av bestemmelsen (...) utvides». Han understreker at «oppregningen av personer som er omfattet av bestemmelsen er uttømmende», og mener derfor at det ikke er grunnlag for å identifisere forkontrakten og garantistillelsen.³⁰¹

Etter min mening er ikke dette et tungtveiende argument i denne sammenhengen. Poenget med gjennomskjæringsvurderingen er å undersøke hva som er én og hva som er flere avtaler. Dersom man kommer til at det er én avtale etter § 3-8 (1), vil man måtte se på transaksjonen som en trepartsavtale. Med andre ord blir det ikke snakk om noen utvidelse av personkretsen som omfattes av bestemmelsen, man avgjør rekkevidden av avtalebegrepet i § 3-8 (1).

Samtidig vil nok det forhold at disposisjonene isolert sett har to ulike partskonstellasjoner, være et argument mot gjennomskjæring. I det tilfellet vi her står overfor vil imidlertid den sterke objektive nærheten mellom forkontrakt og sikkerhetsstillelse gjøre at denne innvendingen kommer noe i bakgrunnen.

Dermed må altså forkontrakten og sikkerhetsstillelsen ses under ett når en vurderer om transaksjonen forutsetter generalforsamlingsbehandling etter § 3-8.

Spørsmålet om konsekvensen av denne gjennomskjæringen vil være at det foreligger en trepartsavtale, og at det personelle vilkåret dermed er tilfredsstilt, er behandlet tidligere

²⁹⁹ Stokke s. 36.

³⁰⁰ Hafstad s. 37.

³⁰¹ *Ibid.*

under pkt. 6.4.2. Rettsvirkningen vil her være at man ser forkontrakten og sikkerhetsstillelsen under ett i relasjon til § 3-8, og at aksjeeierens partsstatus i forkontrakten medfører at det personelle kravet er tilfredsstilt.

Konklusjonen min blir dermed at forkontrakten og sikkerhetsstillelsen samlet sett må vurderes opp mot § 3-8. Følgelig er det ikke nødvendig å vurdere om tredjemann gjennom sikkerhetsstillelsen «handler etter avtale eller for øvrig opptrer i forståelse med» aksjeeieren etter § 3-8 (4), fordi konsekvensen er at vi står overfor en trepartsavtale der en aksjeeier er medkontrahent.

7 EN RETTSPOLITISK VURDERING

Aksjeloven § 3-8 er gjentatte ganger blitt kritisert, og det er kanskje ikke så rart. Tall fra Brønnøysundregistrene viser at vi i ved utgangen av juni i 2011 hadde 424 007 registrerte foretak, og av dem utgjorde aksjeselskaper 219 075 registreringer.³⁰² Paragraf 3-1 ble endret ved lov 16. desember 2011 nr. 63 slik at kravet til aksjekapital er senket fra 100.000 kroner til 30.000 kroner, slik at det er det all grunn til å anta at antallet aksjeselskaper stiger. Dermed er det ganske mange foretak som i større eller mindre grad må forholde seg til denne begrensningen i næringsvirksomheten.

Antallet redegjørelser etter § 3-8 Brønnøysundregistrene fikk innmeldt i 2009 var på 3195, en liten nedgang fra 2008 da tallet var 3368. NHO har uttalt at det å overholde prosedyrekravene i § 3-8 i årene 2006 til 2009 har kostet det norske næringslivet flere hundre millioner.³⁰³

Det ser samtidig ut som at bestemmelsen ikke vil bli revidert i nærmeste fremtid. Gudmund Knudsen fikk 29. juni 2010 i oppdrag fra Justis- og beredskapsdepartementet å utrede spørsmålet om forenkling av aksjeloven.³⁰⁴ Til tross for flere bemerkninger fra høringsinstansene også denne gangen, ble det ikke foreslått noen endringer i § 3-8.³⁰⁵ I ettertid uttalte Knudsen at «§ 3-8 ikke var nevnt særskilt i mandatet, og denne bestemmelsen lå derfor litt på siden av det jeg fikk i oppgave å se på».³⁰⁶

³⁰² Pressemelding 7. juni 2011, http://www.brreg.no/presse/pressemeldinger/2011/07/fr-statistikk-1-ha_n.html

³⁰³ Finansavisen JUS 12. mai 2011 s. 8. NHO er samtidig en interesseorganisasjon for næringslivet, hvilket gjør at man ikke ubetinget kan legge tallene til grunn.

³⁰⁴ Selv om mandatet omfattet kun aksjeloven, ble også allmennaksjeloven på enkelte punkter vurdert, om enn ikke i like stor grad.

³⁰⁵ Knudsen s. 108.

³⁰⁶ Finansavisen JUS 12. mai 2011 s. 9.

En rettspolitisk vurdering av samtlige elementer ved bestemmelsen ville ha blitt for omfattende. Etter å ha drøftet hvorvidt bestemmelsen bør opprettholdes, vil jeg peke på enkelte punkter bestemmelsen bør endres på. Til slutt vil jeg komme med en viss kritikk av lovgivers passivitet på dette rettsområdet.

7.1 Bestemmelsen som sådan bør opprettholdes

Hvorvidt bestemmelsen bør oppheves eller beholdes, må bero på en skjønnsmessig avveining mellom hensynet som bærer bestemmelsen og de interesser som går i motsatt retning. Det må derfor foretas en vurdering av om hensynet til åpenhet omkring ekstraordinære avtaler må anses såpass tungtveiende at det overgår den negative effekten reguleringen har for selskapenes ressursbruk og hensynet til forutberegnelighet for næringslivet.

Ved etterkontrollen i 2006 vurderte departementet hvorvidt § 3-8 skulle begrenses til etterstiftelse etter mønster av EUs selskapskapitaldirektiv.³⁰⁷ Hensiktsmessigheten til bestemmelsen ble da grundig vurdert. På dette tidspunktet hadde flere tatt til orde for at § 3-8 kun skulle gjelde for etterstiftelser. Lovgiver var imidlertid ikke enig med høringsinstansene, tvert imot utvidet man bestemmelsen ytterligere.

Aller mest kritisk til bestemmelsen har Olav Fr. Perland vært.³⁰⁸ Han peker først på at siden det er aksjeeiermajoriteten som skal godkjenne de ekstraordinære avtalene, «blir samtidig kreditor- og minoritetsbeskyttelsen i realiteten ganske illusorisk».³⁰⁹ Perland mener derfor at § 3-8 allerede på dette grunnlaget ikke bør opprettholdes.

Det andre sentrale poenget til Perland er at hensynene bak bestemmelsen er ivaretatt gjennom andre bestemmelser. Da artikkelen ble skrevet gjaldt § 3-8 kun erverv fra aksjeeier. Fordi man har utdelingsregler som verner om selskapskapitalen, skriver han at § 3-8 bare har «selvstendig materiell betydning for transaksjoner som *ikke* innebærer noen *’overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode’*».³¹⁰ Perland hevder at kreditorene ikke kan ha noen berettiget interesse i å forhindre disposisjoner som ikke inneholder slike følger.

Det er også blitt hevdet fra både Perland og høringsinstansene ved etterkontrollen i 2006 at hensynene bak bestemmelsen er tilstrekkelig ivaretatt gjennom andre regler i aksjelovgivningen. NHO uttalte at:

³⁰⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) pkt. 6.3.

³⁰⁸ Perland 2004 s. 531-537.

³⁰⁹ *Ibid* s. 531.

³¹⁰ *Ibid* s. 532.

«Slik vi oppfatter det, er reglene dels begrunnet i hensynet til å sikre likhetsprinsippet i aksjeretten (enkeltaksjonærer skal ikke gjennom avtaler forfordes på bekostning av de øvrige), og dels for å verne om kreditorenes interesser. Disse hensynene beskyttes allerede gjennom reglene om styrets og daglig leders forpliktelser, reglene om inhabilitet, likhetsgrunnsetningen, forbudet mot misbruk av posisjon i selskapet, og ikke minst av reglene om utdelinger. I tillegg mener vi at det er tvilsomt om reglene i §§ 3-8 og 3-9 er egnet til å ivareta disse hensynene: En minoritetsaksjonær vil på generalforsamlingen ikke kunne forhindre en avtale mellom selskapet og majoritetsaksjonær, og kreditorene vernes dårlig ved å overlate vurderingen til aksjonærene i generalforsamlingen.»³¹¹

I kritikken som er blitt rettet mot § 3-8 overses likevel at kreditorene og aksjeeiere som ikke sitter i styret til selskapet, har legitime behov for informasjon om ekstraordinære avtaler. Det er først og fremst dette behovet § 3-8 skal dekke.³¹² Rett nok er det aksjeeiermajoriteten som bestemmer om avtalene skal godkjennes eller ikke, får minoriteten kjennskap til avtalene gjennom avholdelsen av generalforsamlingen. Når redegjørelsen fra styret med revisorgodkjenning skal innmeldes til Foretaksregisteret, har også kreditorene muligheter til å gjøre seg kjent med avtalene § 3-8 rammer. Det er derfor ingen avgjørende innvending mot § 3-8 som sådan at det er generalforsamlingen som godkjenner avtalene; det medfører ikke at bestemmelsen er en ineffektiv regel.

Videre har drøftelsen vist at det bærende hensynet bak § 3-8, åpenhet, for flere avtaletyper ikke i tilstrekkelig grad blir sikret gjennom øvrige regelsett. Her kan det for eksempel vises til selskapets utbytteregler, som Perland viser til, ikke har tilstrekkelige saksbehandlingsregler til å ivareta dette hensynet.³¹³

Samtidig har man også ellers i aksjeloven saksbehandlingsregler og ansvarsregler som gjelder generelt, og ikke er knyttet til en enkelt disposisjonstype. NHO peker her blant annet på inhabilitetsreglene. De andre bestemmelsene i aksjeloven mangler likevel noen verdifulle krav som § 3-8 har, blant annet at redegjørelsen fra styret skal bekreftes av revisor etter § 3-8 (2). Bestemmelsen sikrer altså ikke bare åpenhet om avtalenes eksistens, men også omkring realitetene i avtalenes innhold.

Aksjeloven § 3-8 er en del av det større problemkomplekset kalt «Corporate Governance», som betyr eierstyring og selskapsledelse på norsk. Etter annet selskapsdirektiv fra EU er transaksjoner mellom nærstående parter blitt viet stor oppmerksomhet, og i Norge har NUES (Norsk utvalg for eierstyring og selskapsledelse) i sine anbefalinger fokusert på slike transaksjoner. Disse er, som begrepet antyder, ikke rettslig forpliktende, men er ment å være rådgivende.

I anbefalingens pkt. 4 fjerde ledd heter det:

³¹¹ Perland 2004 s. 43.

³¹² Se pkt. 1.4.1.

³¹³ Se pkt. 5.2.2.

«Ved ikke uvesentlige transaksjoner mellom selskapet og aksjeeier, aksjeeiers morselskap, styremedlem, ledende ansatte eller nærstående av disse, bør styret sørge for at det foreligger en verdivurdering fra en uavhengig tredjepart.»

NUES består av representanter fra flere interessegrupper, herunder også NHO. Rett nok kan det påpekes at anbefalingen først og fremst retter seg mot børsnoterte allmennaksjeselskap.³¹⁴ At slike anbefalinger med transparensformål ved avtaler mellom nærstående blir utarbeidet av disse markedsaktørene, viser likevel at det er et behov for en regel som § 3-8.

Samtidig kan det være grunn til å foreta en viss utredning av hvor sterk interessen kreditorene og aksjeeierne har i åpenhet virkelig er. Dersom markedsaktørene i liten grad faktisk benytter seg av de fordeler som § 3-8 tilbyr dem, vil man måtte vurdere berettigelsen til § 3-8. Det som på papiret ser fornuftig ut er ikke nødvendigvis like viktig i praksis.

Alt i alt er det etter min mening ikke grunnlag for å kritisere § 3-8 som sådan rettspolitisk sett. Bestemmelsen bør derfor opprettholdes, i alle fall inntil det eventuelt kommer signaler om at kreditorene og aksjeeierne ikke har et særlig sterkt behov for åpenheten som tilbys.

7.2 Enkelte endringsforslag

Selv om bestemmelsen etter mitt skjønn bør opprettholdes, er jeg av den oppfatning at den bør endres på visse punkter. Under tidligere høringsrunder er det gjentatte ganger anført at man bør innføre et generelt konsernunntak, slik at den ikke bør gjelde avtaler med mor- og søsterselskap. Det er blitt hevdet at «bestemmelsen generelt ikke har noen begrunnelse i konsernforhold» fordi beslutningen på generalforsamlingen på forhånd er gitt.³¹⁵

En sentral innvending mot et generelt konsernunntak er hensynet til minoritetsaksjonærene, som får sin kjennskap til avtalene gjennom generalforsamlingsbehandlingen.³¹⁶ Mer nærliggende er det likevel å spørre om § 3-8 blir for formalistisk der morselskapet er eneeier av datterselskapet. I slike tilfeller har man ingen minoritetsaksjeeiere å ta hensyn til.

Fordi det ikke reageres med ugyldighet mot brudd på prosedyrene i (2), er det vernet om aksjeeierne som er det mest tungtveiende hensynet bak regelen.³¹⁷ De lege ferenda kan

³¹⁴ Se anbefalingens innledning.

³¹⁵ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 47.

³¹⁶ Slik også Bråthen 2007 s. 80.

³¹⁷ Se pkt. 1.4.1.

det dermed spørres om regelen har sin berettigelse i typetilfeller der dette hensynet ikke gjør seg gjeldende.

Kreditorene har bare et krav mot datterselskapet, og har i begrenset grad beføyelser overfor morselskapet.³¹⁸ Også vernet om kreditorene er et sentralt hensyn bak § 3-8, men det kan spørres om dette i seg selv kan begrunne at konserner påføres transaksjonskostnadene § 3-8 fører med seg. Blant annet vil regnskapsloven § 7-30b bidra til at kreditorenes informasjonsbehov om vesentlige transaksjoner i stor grad tilfredsstilles gjennom å se på regnskapene til datterselskapet.

Et element som forarbeidene spesielt trekker frem er at § 3-8 skal ha en preventiv effekt mot ekstraordinære avtaler.³¹⁹ En kan riktignok hevde at dersom § 3-8 ikke skal gjelde der morselskapet eier 100 % av selskapet, åpnes det i stor grad for tømning av verdier i selskapet og konkurskriminalitet.

Samtidig må en her se på det totale bildet av lovgivningen. Blant andre viktige regler på dette punktet har man dekningslovens omstøtelsesregler som kommer inn i bildet der kreditorene faktisk ikke får dekning for sine krav, slik at selskapet slås konkurs. Spesielt vil omstøtelse av gaver og gavesalg etter § 5-2 være aktuelt i tilfeller der det foreligger fordelaktige disposisjoner for morselskapet. Det samme vil omstøtelse av disposisjoner som på en utilbørlig måte unndrar formuesgoder fra kreditorenes dekningsrett etter § 5-9.

Videre bygger konsernstrukturen ofte på at mor- og datterselskap samarbeider, som gjør at det inngås mange avtaler mellom selskapene. Konsekvensen av dette er at de transaksjonskostnadene selskapene løper på grunn av § 3-8 vil være nokså høye totalt sett. Hensynet til selskapenes ressursbruk taler derfor med tyngde for at det oppstilles et unntak for avtaler mellom morselskap og heleid datterselskap.

Samlet sett ser det derfor ut til at de beste grunner taler for at lovgiver bør innta et unntak fra prosedyrene i § 3-8 for avtaler mellom morselskap og heleid datterselskap.

Et annet spørsmål er hvorvidt man bør innta et unntak for tilfeller der selskapets medkontrahent har vært i god tro med hensyn til de faktiske forholdene som medførte ugyldighet. Dette gjøres i § 6-33 om overskridelse av myndighet etter reglene i §§ 6-30 til 6-32. Spørsmålet er blitt vurdert av lovgiver tidligere, men man kom til at «[d]et er

³¹⁸ Et alternativ er ansvarsgjennombrudd.

³¹⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

vanskelig å tenke seg at en slik motpart med rimelighet skulle kunne påberope seg noen villfarelse med hensyn til de faktiske forhold som medførte ugyldighet.»³²⁰

Etter mitt skjønn treffer man nok med uttalelsen dersom man ser på avtaler som inngås mellom selskapet og de personene som blir nevnt i § 3-8 (1). Jeg kan også se betenkelighetene med å gjøre § 3-8 til en svak ugyldighetsregel gjennom at det kan gjøre bestemmelsen prosesskapende.

Samtidig hadde man i 2006 en vesentlig utvidelse av personkretsen i § 3-8. Som en følge av (4) omfattes selskapets avtaler med blant andre ektefellen til aksjeeierens bror, søsken til aksjeeierens ektefelle og et utenlandsk oldemorselskap med begrenset ansvar. At § 3-8 nå omfatter avtaler med personer som har en såpass løs tilknytning til selskapet som disse, gjør at begrunnelsen for å ikke innta et unntak for god tro etter min mening svikter. En del av de personene som omfattes av § 3-8 (4) har en såpass løsrevet tilknytning til selskapet at gode grunner taler for å verne om deres gode tro.

En innvending er, som jeg også var inne på tidligere, at et unntak for god tro vil kunne være prosesskapende. Dette kan man til dels unngå ved at unntaket formuleres slik at ond tro presumeres, slik at det foreligger omvendt bevisbyrde. I tillegg kan man begrense unntaket til å gjelde kun nærstående-alternativene i § 3-8 (4), der spørsmålet om god tro vil kunne aktualiseres.

Det er ikke meningen at dette er en uttømmende vurdering av hvilke punkter bestemmelsen bør endres på, blant annet kunne man sett på om man kunne ha gjort unntaksregelen i § 3-8 (1) nr. 4 tydeligere.

7.3 Kritikk av lovgivers passivitet

Under pkt. 1.4.2 fremhevet jeg at hensynet til selskapenes ressursutnyttelse ikke bare bør tas i betraktning ved vurderingen av om bestemmelsen bør opprettholdes eller ikke. Også ved selve utformingen av paragrafen bør dette hensynet særlig iakttas. Behovet for forutberegnelighet er på dette området spesielt sterkt, fordi en ressurseffektiv drift av selskapet forutsetter at man kan forutberegne sine rettslige forpliktelser. Det er også blitt fremhevet «at stor grad av forutberegnelighet er viktigere enn et optimalt tilpasset regleverk (*sic*)».³²¹

Videre vil uklare rettsspørsmål kunne medføre at legitime transaksjoner belastes med de prosedyrer § 3-8 oppstiller. På dette rettsområdet er aktørene spesielt risikoavverse, et trekk som forsterkes gjennom at § 3-8 er en ugyldighetsregel uten unntak for

³²⁰ *Ibid* s. 48.

³²¹ Truyen s. 322.

godtroende medkontrahent. Kostnader som ellers kunne ha gått til verdiskapning vil kunne gå til spille rett og slett fordi rettstilstanden er for uklar.

At lovgiver har vært klar over denne problemstillingen, er på det rene. I forarbeidene uttales det: «Et siktemål må ellers være å finne frem til en utforming av § 3-8, jf. § 3-9, som gjør reglene treffsikre i forhold til de disposisjoner som søkes rammet, og at de ikke på en unødig måte vanskeliggjør gjennomføringen av legitime transaksjoner.»³²²

Etter mitt skjønn har lovgiver likevel ikke fulgt sin egen oppfordring i praksis. Jeg vil belyse dette standpunktet gjennom å se på hvordan lovgiver har forhold seg til det personelle kravet i bestemmelsen. Hvilke medkontrahenter bestemmelsen omfatter er stort sett greit å forholde seg til etter § 3-8 (1). Utvidelsen i (4) skaper imidlertid en god del uklarhet fordi alternativene om at medkontrahenten «handler etter avtale eller for øvrig opptre i forståelse med» en aksjeeier byr på en konkret vurdering.

Som oppgaven tidligere har vist, er avtale-vilkåret relativt greit å forholde seg til, selv om lagmannsretten i LA-2006-38534 (Nøtterøy Drivingrange AS) antakeligvis hadde en noe gal oppfatning om innholdet i vilkåret.³²³ Alternativet «opptre i forståelse med» en aksjeeier er derimot langt mer problematisk å forholde seg til i praksis.

Spørsmålet om man bør ha dette alternativet skal jeg la ligge. Problemet mitt med vilkåret er at det overlater en god del til rettsanvenderens skjønn, og det kan være vanskelig for en næringsdrivende å ha noen klar formening om hans medkontrahent i det aktuelle tilfellet tilfredsstiller dette vilkåret eller ikke.

En skulle dermed anta at lovgiver på et slikt område som dette forsøkte å utbrodere innholdet nøye i forarbeidene. Etter min mening er gir dette forsøket verken gode svar på vilkårets innhold eller er særlig treffende.

Det tas først utgangspunkt i at alternativet vil «ramme åpenbare omgåelser av lovens krav, for eksempel hvor aksjeeieren bruker stråmenn eller liknende».³²⁴ For min del har jeg vanskeligheter med å se for meg tilfeller der aksjeeieren bruker en stråmann, eller at det foreligger andre «åpenbare omgåelser av lovens krav», uten at forholdet rammes av alternativet «handler etter avtale med» aksjeeieren.

Videre gir lovgiver uttrykk for at det «ikke [er] mulig å uttrykke i generelle vendinger hvor grensen går».³²⁵ Jeg er i og for seg enig i at dette er en vanskelig øvelse når man

³²² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

³²³ Pkt. 3.1.

³²⁴ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

³²⁵ *Ibid.*

først kommer frem til at man bør ha et alternativ som er såpass konkret utformet som dette. Samtidig er det fullt mulig å oppstille enkelte generelle utgangspunkter med eksempler på hva som vanligvis vil være omfattet eller ei, hvilket hadde gjort vurderingen langt lettere. Dette hadde også vært naturlig hvis lovgiver virkelig tok sikte på å forhindre at bestemmelsen skal vanskeliggjøre gjennomføringen av legitime transaksjoner.

Illustrerende nok avsluttes denne vurderingen med dette: «Er man i tvil om vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt, har man alltid den mulige utvei å følge de saksbehandlingsreglene som paragrafen gir anvisning på.»³²⁶ Etter min mening er dette ganske uheldig lovgivningsteknikk, og viser at lovgiver ikke helt tar innover seg hvilke økonomiske konsekvenser § 3-8 har for aksjeselskap.

Som oppgaven min tidligere har vist, oppstår det også mange vanskelige spørsmål tilknyttet rammeavtaler, endringsavtaler, gjennomskjæringsspørsmål, kreditt og sikkerhetsstillelse ved trepartsforhold. Om lovgiver hadde kommet inn på banen med enkelte avklaringer om disse spørsmålene, hadde vurderingene som må foretas i praksis blitt langt enklere.

Frekvensen på rettsavgjørelser på dette området er nokså lav. Selv om bestemmelsen etter hvert er blitt nokså bredt behandlet i juridisk teori, er vekten til denne rettskildefaktoren antakeligvis ikke tilstrekkelig til at markedsaktørene kan føle seg trygge nok til å basere valget sitt på teoriens uttalelser.

Å få lovgiver inn på banen enten gjennom lovregulering eller forarbeidsuttalelser er, etter mitt skjønn, den beste måten å skape den forutberegneligheten som etterspørres i næringslivet. Derfor kan man også kritisere lovgiver for å ikke ha gjort dette i tilstrekkelig grad for å hindre at legitime transaksjoner vanskeliggjøres.

³²⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 45.

LITTERATUR

Forkortelse i teksten

Fullstendig henvisning

Abrahamsen og Aase	Abrahamsen, Thomas og Aase, Sindre <i>Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær</i> , Tidsskrift for Forretningsjus (TfF) 2004:3 s. 341-372.
Andenæs 2006	Andenæs, Mads Henry, <i>Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper</i> , 2. utgave (Oslo 2006).
Andenæs 2009	Andenæs, Mads Henry, <i>Konkurs</i> , 3. utgave (Oslo 2009).
Banoun	Banoun, Bettina, <i>Omgåelse av skattereglene</i> (Oslo 2003).
Berge mfl.	Berge, Stig, Krogh, Hilde L. og Tjølsen, Anne T. (Den norske Revisorforening), <i>Utbytte</i> , (Oslo 2011).
Berge og Gåseide Røsås	Berge, Stig og Gåseide Røsås, Lars Eirik, <i>Avtaler med aksjeeiere og selskapets ledelse mv. – en praktisk fremstilling av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8</i> (Oslo 2009).
Brækhus	Brækhus, Sjur (revidert av Borgar Høgetveit Berg), <i>Pant og annen realsikkerhet</i> , 3. utgave (2005).
Bråthen 2007	Bråthen, Tore, <i>Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen</i> , Nordisk Tidsskrift for Selskabsret (NTS) 2007:3 s. 65-89.
Bråthen 2011	Bråthen, Tore, <i>Anvendelsen av aksjelovene § 3-8 på datterselskapets garantier for morselskapets lån</i> , Moderne Forretningsjus II s. 43-59, 2011.
Eide og Stavang	Eide, Erling og Stavang, Endre, <i>Rettsøkonomi</i> (Oslo 2008).
Giertsen 2006	Giertsen, Johan, <i>Avtaler</i> (Bergen 2006).
Giertsen 2009	Giertsen, Johan, <i>Næringsministeren vs Aker – siste akt (?) Et forsøk på å ordne rettsspørsmålene</i> , 29. mai 2009. Tilgjengelig fra http://www.uib.no/jur/nyheter/2009/04/naeringsministeren-vs-aker [Sist nedlastet 21. mai 2012].
Grønland	Grønland, Karl-Anders, <i>Selskapers handel med egne aksjer</i> (Oslo 2007).
Hafstad	Hafstad, Henrik Mjøen, <i>Aksjelovenes § 3-8 – anvendelse på selskapets garantistillelser for morselskapets forpliktelser</i> , masteroppgave (Universitetet i Oslo, 2010).
Hagstrøm	Hagstrøm, Viggo, <i>Obligasjonsrett</i> , 2. utgave (Oslo 2011).
Haugstvedt	Haugstvedt, Jill, <i>Brudd på aksjelovenes § 3-8 – En lovfestet angrenerett uten angrefrist?</i> , Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2011:3, s. 9-28.

Haukaas	Haukaas, Hans Erik, <i>Separatistrett til penger i konkurs</i> , Jussens Venner 2009 s. 25-59.
Hov	Hov, Jo, <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> (Oslo 1998).
Haaskjold	Haaskjold, Erlend, <i>Kontraktsforpliktelser</i> (Oslo 2002).
Keiserud	Keiserud, Thomas, <i>Rettsvirkningene av ulovlige utdelinger fra aksjeselskaper</i> , publisert på konkursradet.no 16. januar 2000. Sist nedlastet 21. mai 2012. Hyperlink: http://www.konkursradet.no/Aksjeselskap/Rettsvirkningene-av-ulovlig-utdeling-fra-aksjeselskaper-71/
Knudsen	Knudsen, Gudmund, <i>Forenkling og modernisering av aksjeloven</i> , rapport skrevet etter oppdrag fra Justis- og politidepartementet (Oslo 2011).
Krüger 1978	Krüger, Kai, <i>Pengekrav</i> , 1. utgave (Bergen 1978).
Krüger 1984	Krüger, Kai, <i>Pengekrav</i> , 2. utgave (Bergen 1984).
NAU	Næringslivets Aksjemarkedsutvalg (NAU), <i>Egne aksjer. Om aksjeselskapers og allmennaksjeselskapers handel med egne aksjer</i> , skrift nr. 7, 1999.
Perland 1999	Perland, Olav Fr., <i>Styreansvar etter de nye aksjelovene</i> , Tidsskrift for forretningsjus (TfF) 1999 s. 125-159.
Perland 2004	Perland, Olav Fr., <i>Kapitalbeskyttelse for enhver pris?</i> Tidsskrift for forretningsjus (TfF) 2004 s. 562-580.
Sigurdson	Sigurdson, Halvor E., <i>Avtaler mellom selskaper og aksjonærer, ledelsespersoner mv. – reglene blir mer omfattende</i> , Juridisk årbok fra Steenstrup Stordrange, 2006/2007, s. 117-128.
Sjåfjell	Sjåfjell, Beate, <i>Kan aksjeselskapet sette miljøet foran gevinstkravet?</i> , Jussens Venner (JV) 2011 nr. 6, s. 309-324.
Smith	Smith, Carsten, <i>Kausjonsrett</i> , 3. utgave (Oslo 1997).
Stokke	Stokke, Marte Norberg, <i>Selskapets avtaler med aksjeeier m.v.</i> , masteroppgave (Universitetet i Oslo 2008).
Truyen	Truyen, Filip, <i>Kan transaksjoner i eierselskap utløse samtykkekrav?</i> , Festskrift til Mads Henry Andenæs s. 318-330, 2010.
Tørum	Tørum, Amund Bjøranger, <i>Konsekvens i formueretten</i> , Jussens Venner nr. 2002 s. 314-339.
Vinje	Vinje, Eirik H., <i>Tolking av garantier i forretningsforhold</i> (Oslo 1999).

Woxholth 1995	Woxholth, Geir, <i>Intensjonsavtaler – noen grunnriss</i> , Tidsskrift for forretningsjus (TfF) nr. 2 1995, s. 2-7.
Woxholth 2010	Woxholth, Geir, <i>Selskapsrett</i> , 3. utgave (Oslo 2010).
Wyatt	Wyatt, Michael C, <i>Company Acquisition of Own Shares</i> , 4 th edition (London 1995).
Zimmer	Zimmer, Frederik (red.) og BA-HR, <i>Bedrift, selskap og skatt</i> , 4. utgave (Oslo 2006).
Aarbakke m.fl.	Aarbakke, Magnus m.fl., <i>Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave</i> , 2. utgave (Oslo 2004).

LOVER

LOV-1902-05-22-10 Straffeloven

LOV-1902-05-22-11 Lov om den almindelige Straffelovs Ikrafttræden

LOV-1918-05-31-4 Avtaleloven

LOV-1939-02-17-1 Gjeldsbrevloven

LOV-1976-06-04-59 Aksjeloven 1976 (opphevet)

LOV-1979-05-18-18 Foreldelsesloven

LOV-1980-06-13-24 Ligningsloven

LOV-1984-06-08-59 Dekningsloven

LOV-1985-06-21-82 Kredittkjøpsloven (opphevet)

LOV-1992-06-26-86 Tvangsfullbyrdelsesloven

LOV-1995-12-22-80 Lov om endring av aksjeloven 1976

LOV-1997-06-13-44 Aksjeloven

LOV-1997-06-13-45 Allmennaksjeloven

LOV-1998-07-17-56 Regnskapsloven

LOV-1999-06-25-46 Finansavtaleloven

LOV-2006-12-15-88 Lov om endring av aksjeloven 1997

FORARBEIDER

NUT 1970:1

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975)

NOU 1979:5

NOU 1979:32

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983)

Ot.prp. nr. 72 (1984-1985)

NOU 1992:29

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994)

NOU 1996:3

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997)

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006)

RETTSPRAKSIS

Rt. 1937 s. 439

Rt. 1980 s. 1109

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1995 s. 543

Rt. 1995 s. 1026

Rt. 1996 s. 1036

Rt. 1996 s. 1647 («Bruvik»)

Rt. 1997 s. 840 («Merita Bank»)

Rt. 2000 s. 1792 («Montel»)

LA-2006-38534 («Nøtterøy Drivingrange AS»)

UTENLANDSKE OG INTERNASJONALE RETTSKILDER

Direktiv 13. desember 1976 Det *annet* selskapsrettsdirektiv (77/91/EØF)

Lov 7. mai 2000 nr. 324 Den danske aktieselskabsloven

Lov 7. mai 2000 nr. 325 Den danske anpartsselskabsloven

Lov 2005 nr. 551 Den svenske aktiebolagslagen

Lov 8. november 2007 c 46 Den britiske Companies Act

Rapport - July 2007 The Corporate Law Reform Committee for the Companies Commission of Malaysia, *"A Consultative Document On Review of Provisions Regulating Substantial Property Transactions, Disclosure Obligations and Loans to Directors"*.

REVISJONSSTANDARDER

ISA 550